جامعة القاهرة

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

« وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا »

قرآن كريم

دراسة فى

عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية

تأليف

حسين النورى

١٩٥٣





جامعة القاهرة

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

« وليخش الذين لو تركوا من
خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم
فليتقوا الله وليقولوا قولا
سديدا »

قرآن كريم

دراسة فى

عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية

تأليف

حسين النورى

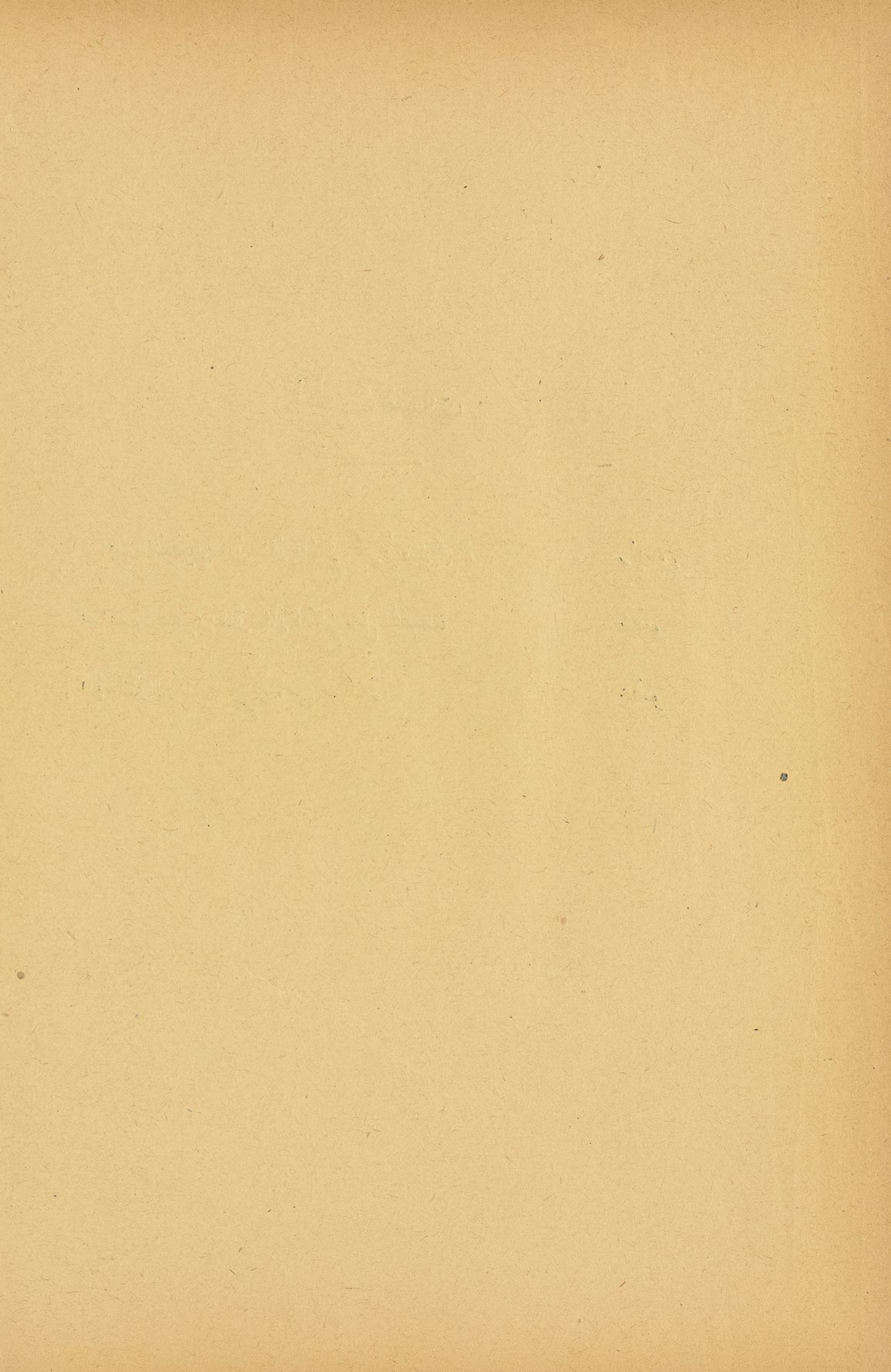
١٩٥٣



٤ شارع مصطفى باشا كامل - لاظوغلى

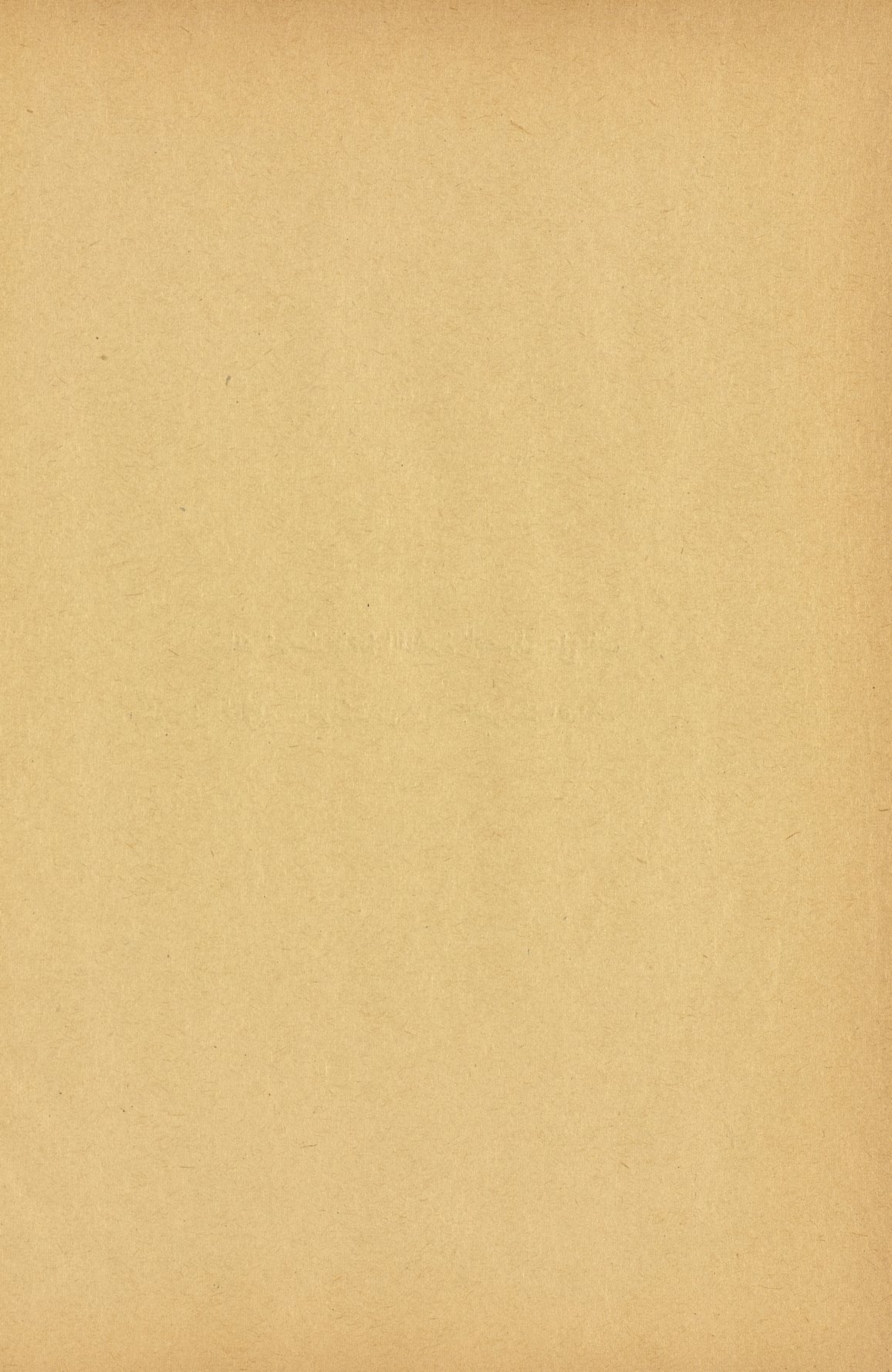
المحكمون

صاحب الفضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة	رئيس
صاحب الفضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف	عضو
الأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور	عضو



رسالة قدمت لجامعة القاهرة للحصول على لقب

دكتور فى الحقوق . ونوقشت فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٣ .



بسم الله الرحمن الرحيم

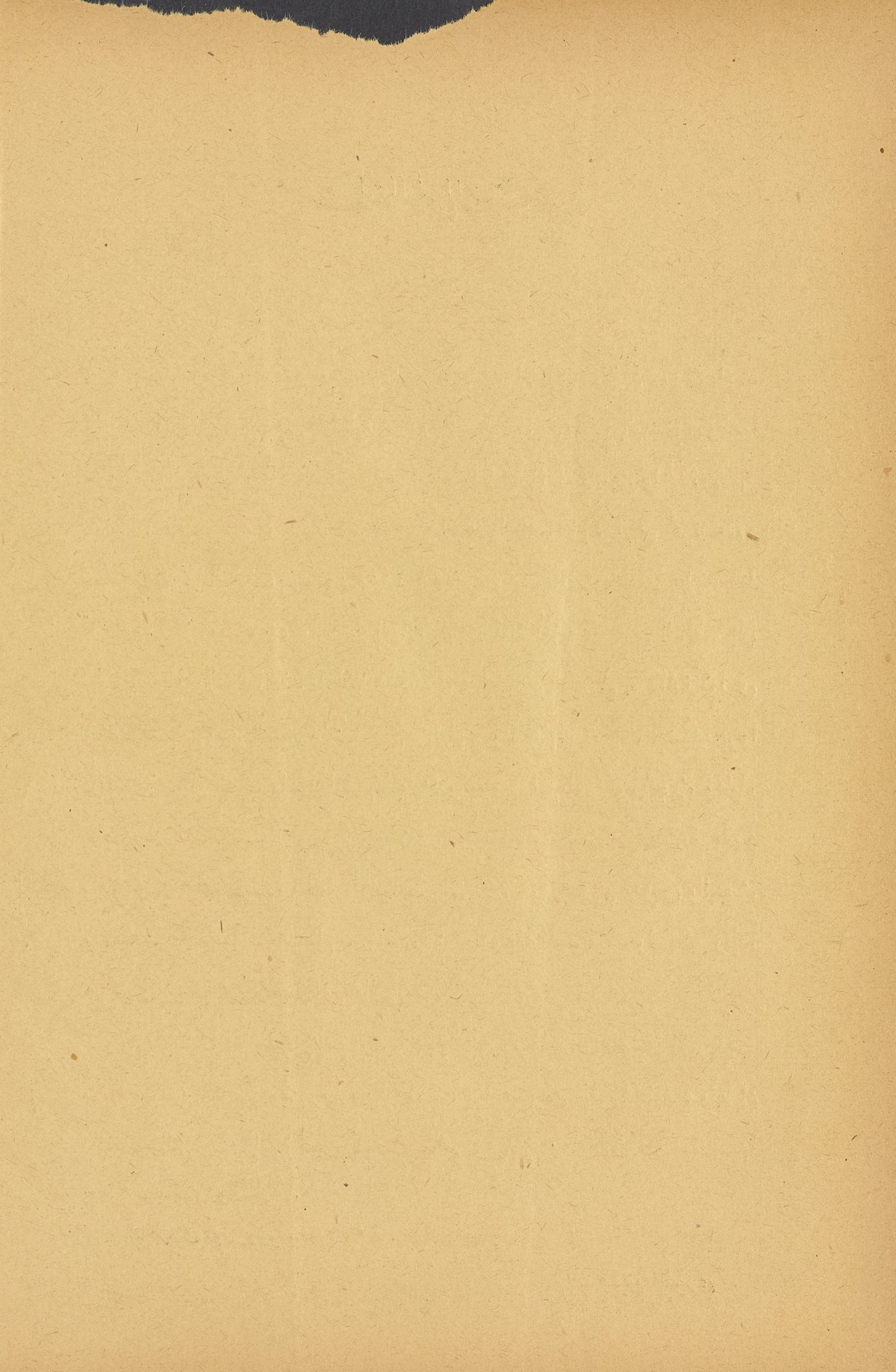
و به نستعين

وبعد ، فإنى أقدم هذه الرسالة بين يدى هذا الجيل ، ولا أدعى أنى بلغت بها حد الكمال ، ولكنى أستطيع أن أؤكد عن حق ، أننى اجتهدت فى وضعها ما وسعنى الجهد ، وما سمح لى الوقت مستهديا بآراء الأقدمين والمحدثين من الفقهاء . فهى رسالة لم تكن ثمرة مجهود لفرد واحد ، وإنما هى ثمرة جهود مدخرة من الماضى ، وجهود وليدة الحاضر ، تكاتفت جميعها على حفظ تراث الإسلام وتنميته ، وتسليمه إلى الأجيال المقبلة أمانة فى عنق السلف إلى الخلف . أما السلف فقد حفظوا هذه الأمانة على مر الأجيال ، واشتركوا فى حفظها جميعا ، ومن العسير علينا أن نخص منهم عالما مجتهدا بذاته ، فقد أنكروا ذاتهم فى سبيل العلم ، وتساووا فى الاجتهاد والفقه ، فكلهم قوم أجلاء وعلماء أفاضل لهم علينا الشكر والذكر الحسن . وأما الخلف فهم على سعة علمهم واطلاعهم ، قلة يستطيع الحصر أن يحيط بهم ، كرسوا حياتهم للدرس والبحث والتفقه ، فأضاءوا لنا السبيل ، ووجهوا آراءنا وجهة الصواب ، ولم يكن رائداً لهم سوى الرغبة فى الوصول معنا إلى الحق .

فإذا كنت قد بلغت بهذه الرسالة درجة من الإتقان فان جهدى إلى جانب من مضى من السلف ومن بقى من الخلف ، إنما هو جهد المقل المجتهد ، وأنا إذ أقدم رسالتى هذه إلى المحبين للبحث والعلم ، أرجو أن أكون قد حققت بها بعض ما يبغون والسلام ؟

القاهرة فى أول يوليو سنة ١٩٥٢ .

حسين النورى



تمهيد

لم يشهد تاريخ التشريع اختلافا فى أمر من الأمور التشريعية مثل الذى شهده فى موضوع الأهلية ، فالذى يستقرىء تاريخ الشرائع منذ العصور الأولى يجده حافلا بشتى الأحكام .

فالموضوع من حيث نطاقه يتسع أو يضيق بالقياس إلى كل شريعة من الشرائع ، فأنت ترى الرومان مثلا يدخلون فى عداد الأهلية سلطة المرأة فى إدارة أموالها ، بل كانوا فى أحد عصور القانون الرومانى يضعونها تحت الوصاية الأبدية بحجة أنها ضعيفة العقل . وقريب من هذا الحكم مذهب مالك ، إذ يجعل تصرفاتها خاضعة لبعض القيود ، بحجة أنها غير رشيدة ، لقلة خبرتها فى الحياة . بينما نرى بعض المذاهب الأخرى فى الإسلام لا تكاد تميز بين الرجل والمرأة فى هذا الموضوع .

على أن الخلاف لم يقتصر على نطاق الموضوع فحسب ، وإنما شمله الاختلاف فى كل تفصيلاته ، حتى بفرض الاتفاق على أصوله ، فأنت ترى التشريعات المختلفة ، والمذاهب المختلفة فى التشريع الواحد ، تجمع على أن نوعا من الناس ناقص الأهلية ، ومع ذلك تختلف فى مدى القيود الواجب فرضها علي تصرفاته ، كتصرفات السفيه وذى الغفلة وغيرهما .

ومهما يكن من شىء فإن التشريعات المختلفة مهما تباينت فى أحكامها واختلفت فى تفصيلاتها أو فى أصولها إنما تهدف جميعها إلى الخير العام ، وهو حماية المستضعفين فى الأرض ، وهم هؤلاء الطائفة الذين حرمتهم الطبيعة نعمة

العقل وحسن التصرف ، فهى متفقة الأهداف والأغراض ، وهى لا شك أهداف سامية وأغراض نبيلة .

و إذ عرفت أن المقصد السامى الذى تسعى إليه التشريعات بإخلاص هو حماية هؤلاء الضعفاء ، فإنه من اليسير أن نذكر لك أن هذه التشريعات وهى تحمى هؤلاء ، إنما تحاول أن توفق بين أمرين كلاهما له أهمية فى حياة هؤلاء البائسين .

أما الأمر الأول فهو محاولة التشريع حماية ناقصى الأهلية من أنفسهم ، فهم قوم بحكم ضعفهم العقلى أو قلة مرانهم فى الحياة يتصرفون تصرفات تسىء إلى أنفسهم ، فالمجنون حين يبيع أو يشترى شيئا معرض للغبن فى بيعه وشرائه ، والمعتوه والسفيه وذو الغفلة قد يعرض لهم نفس الأمر ، لذلك رأت التشريعات المختلفة أن تضع قيوداً خفيفة أو ثقيلة تحد من تصرفاتهم ، مراعاة لمصلحتهم ، أو مصلحة من يتأثرون بحالتهم من ذوى القربى وغيرهم . هذه القيود معروفة فى الاصطلاح الفقهى بقيود الأهلية .

أما الأمر الثانى فهو محاولة التشريع حماية ناقصى الأهلية من تصرفات من يلون الأمر بالنيابة عنهم . إذ لا شك أن القيود الواردة على تصرف شخص من الأشخاص لا تمنع التصرف منعا باتا ، وإنما تمنع الشخص نفسه من مباشرة التصرف وتكله إلى غيره من القادرين ، سواء أكان ولياً أم وصياً أم قيما أم غير هؤلاء .

على أن التشريع لم يمنع صاحب الشأن من مباشرة تصرفاته بنفسه كى يعطيها لغيره من الناس دون حسيب أو رقيب ، وإنما جعلها لقوم يجب أن يكونوا قبل كل شىء معروفين بحسن التصرف أو يكون مفروضاً فيهم ذلك بحكم

صلتهم الطبيعية بهؤلاء البائسين ، كما أن التشريع لم يترك أمر هؤلاء لأولئك موكولا لضمائرهم ، إذ النفس أمارة بالسوء ، والشيطان غالب على أمر كثير من الناس ، والإنسان حول قلب ، لذلك وضعت التشريعات قيوداً خفيفة أو ثقيلة على هؤلاء القوَّم .

هذه القيود معروفة فى الاصطلاح الفقهى بقيود الولاية .

بين هذين الأمرين وجـدت التشريعات المختلفة مجالا للصناعة والفن أمكـنها بمقتضاه أن تحد من هذه القيود بحجة حرية الفرد ، وهذا هو المذهب الشخصى ، أو أن تثقل من هذه القيود بحجة المصلحة وهذا هو المذهب المادى .

ونحن إذ نعرض لموضوع الرسالة وهو عوارض الأهلية نجد إلزاما علينا أن نحدد معنى الأهلية ونبين نطاقها وطبيعتها حتى نتمكن من بحث العوارض الطارئة عليها .

أما عن تحديد معنى الأهلية فقد ضربنا صفحاً عن ذلك المذهب الذى يرى الأهلية تشمل جميع حقوق الإنسان وتصرفاته ، فهنالك فى نظر هؤلاء أهلية سياسية تشمل حقوق الإنسان فى التمثيل النيابى وفى الانتخاب ، وهنالك أهلية عامة أكثر شمولا من هذه الأهلية وهى الأهلية العامة ؛ فهى تشمل عدا الحقوق السياسية جميع الحقوق العامة كحق تولى الوظائف العامة فى الدولة والتمتع بكافة الحريات التى تمنح عادة باعتبارها حقاً من حقوق الإنسان . وقصرنا بحثنا على الأهلية المدنية أو المالية . وإن شئت فقل الأهلية فحسب ، وهو المعنى المتداول فى كتب الفقه ، ولا يقصد به عند الفقهاء سوى هذه الاهلية المدنية .

ولم يكن بحثنا موضوع الأهلية وتحديده انحرافا منا عن موضوع الرسالة ، وهو دراسة عوارض الأهلية ، ذلك بأن دراسة عوارض الأهلية يستثير لدى

الباحث موضوع الأهلية نفسه .

وإذ فرغنا من تحديد معنى الأهلية ، قمنا بتحديد عوارضها ، وهو أمر ليس باليسير الهين على الباحث ؛ غير أننا مع احترامنا لآراء كثيرين من الفقهاء ممن سبقونا ، واحتراما أيضا لما جرى عليه العرف الفقهى منذ أمد بعيد فى حشد كل ما يمس حقوق الإنسان المدنية وتصرفاته فى كتاب واحد تحت عنوان الأهلية ، رأينا أن نسلك سلوكا جديدا ، ونستن سنة نعتقد أنها أكثر دقة ، وإن كانت هذه السنة سوف تخرج من عداد البحث طائفة من الأمور لا يكاد يخلو منها كتاب من كتب الفقة القديمة أو الحديثة التى تعرضت لهذا الموضوع .

فالعارض فى نظرنا طارىء غير عادى يعترى حياة الإنسان فيؤثر فى أهليته سواء فى اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، أو فى مباشرة التصرفات المختلفة، تأثيراً يأخذ فى الغالب صفة الدوام إلى حد ما .

ووفقاً لهذا المذهب ، لا يدخل فى عداد العوارض القصر والبلوغ ، فهما أمران عاديان يمر بهما كل كائن حى ، ونحن إن كنا تعرضنا لموضوعهما ؛ فقد فعلنا ذلك للدفاع عن وجهة نظرنا وللرد على أنصار المذهب التقليدى حتى يكون بحثنا متناسقا .

ووفقاً لهذا المذهب أيضا ، لا يدخل فى عداد العوارض ما يعرف عند جمهور الفقهاء بعيوب الرضا كالإكراه والغلط ، ذلك بأن تأثير هذه العيوب لا يأخذ صفة الدوام والثبات إلى حد ما ، وإنما هو طارىء إن أثر فى رضا الإنسان ، فإنما يكون تأثيره مؤقتاً وإن شئت فقل لا يدوم فى الغالب أكثر من الوقت الذى يستلزمه إجراء التصرف المعيب .

وليس خروجاً على المذهب أيضاً ، أن يخرج من موضوع البحث تلك القيود التى يفرضها المشرع على تصرفات شخص من الأشخاص حماية لغيره من أصحاب المصالح ، كتلك القيود التى تفرض على تصرفات المريض فى مرضه

الأخير المسمى مرض الموت ، إذ أن هذه القيود لم توضع حماية لمصلحة المريض ، بل حماية لغيره من الورثة أو الدائنين ، ولم تفرض أيضا لطارىء يؤثر فى عقل المريض ، بل المفروض أن هـذه القيود قائمة على المريض ، ولو كان عقله سليما . ومثله أيضاً تلك القيود التى تفرض على الرقيق وعلى النساء بالتفصيل الذى سوف تراه .

هذا ماأردت أن أوجه إليه نظر القارىء كى يكون لديه عن موضوع البحث فكرة صادقة وأرجو أن يكون تحديد الموضوع قد أصاب نوعاً من التوفيق :

القسم الأول

الأهليــة

أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

اتفق فقهاء الشريعة وجاراهم فقهاء القانون الوضعى على تقسيم الأهلية المدنية قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء :

أما أهلية الوجوب فلا تتعرض لحالة الشخص إلا من حيث كونه محلا للحقوق والإلتزامات : متى يكون الشخص صاحب حق ومتى يلقى عليه عبء الإلتزامات . وسميت أهلية وجوب لأنها تتعرض لما يجب للشخص من حقوق وما يجب عليه من التزامات . أما مباشرة هذه الحقوق والالتزامات فعلا فيتعرض لها الفقهاء عند بحث أهلية الأداء . وسميت أهلية أداء لأنها تتعرض لأداء الحقوق والإلتزامات أى مباشرتها . ولذلك ترى أن نوعى الأهلية يفترقان فتتعرض أهلية الوجوب لأصل الحق وأهلية الأداء لمباشرته وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات . لذلك رأينا أن نبدأ أولا بدراسة أهلية الوجوب ثم ندرس بعدها أهلية الأداء .

الباب الأول

أهلية الوجوب

الفصل الأول

ماهيتها

تعريف :

أهلية الوجوب فى اصطلاح الفقهاء الشرعيين هى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[1] . وهذا التعريف لا يختلف كثيراً عما يقول به فقهاء القانون الوضعى، إذ يعرفونها بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحق له أو عليه[2] .

الأهلية والذمة (الشخصية القانونية) :

ربط الفقهاء الإسلاميون بين أهلية الوجوب والذمة (الشخصية القانونية عند فقهاء القانون الوضعى)، وإن شئت فقل إنهم قد اعتبروهما أمراً واحداً مما أدى بالبعض إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون به عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته فى ذمته[3] .

واختلفوا فى بيان حقيقة الذمة . فمنهم من قال إنها وصف اعتبارى قدر وجوده فى الإنسان يجعله صالحاً للالزام والالتزام . و بناء على هذا عرفها ملا خسرو[4]

---

(١) البزدوى ج ٤ ص ٢٣٧ ، والتلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦١ ، أحمد ابراهيم الأهلية وعوارضها ص ٢ . يعيب هذا التعريف ذكر كلمة مشروعة لأن الحق لا يعتبر حقاً الا اذا كان مشروعا ،فهذه الكلمة تزيد لا لزوم له. انظر أيضاً التقرير والتحبير ج٢ص١٦٤.

(٢) يعرف فتحى زغلول أهلية الوجوب بأنها كون الإنسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق (راجع كتابه فى شرح القانون المدنى ص ٢٦) . وانظر جوسران ج ١ ص ٨٦ بند ٣٠٣ .وبلانيول وريبير ج ١ ص ٢٠ بند ٢٤٧ .

(٣) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦١ . وشفيق شحاته ، الأموال ، ص ٤ .

(٤) المرقاة ج ٣ ص ٤٥ .

بأنها « خاصة من خواص الإنسان ترجع إلى تركبه من بدن ونفس ناطقة وقوة ومشاعر ليست لغيره من الحيوان والجماد مما يجعله صالحاً للالزام والالتزام » . وعرفها عبيد الله بن مسعود[1] بأنها « وصف شرعى يصير به الإنسان أهلا لما له ولما عليه » .

ومنهم من ذهب إلى أن الذمة أمر ذو وجود حقيقى وليست أمراً افتراضيا . فالذمة عند هذا الفريق ليست سوى نفس الإنسان . وفى ذلك يقول فخر الإسلام[2] البزودى « الذمة نفس لها عهد وأن الآدمى لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة ، أى لا يخلق إلا وهو أهل للايجاب والاستيجاب ، وذلك بناء على العهد الماضى الذى تم بين الرب والعبد كما جاء فى قوله تعالى « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم . قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » .

وكما ربط فقهاء الشريعة بين أهلية الوجوب والذمة نجد أيضاً أن فقهاء القانون الوضعى قد ربطوا بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية . فيرى معظم الشراح أنهما أمر واحد . فأهلية الوجوب عندهم هى ذات الشخص منظوراً إليه من ناحية القانون[3] .

بينما يرى البعض الآخر[4] أنهما أمران مختلفان . فالشخصية القانونية هى صفة عامة تقوم فى كل كائن بمجرد صلاحيته لأن يكتسب حقاً واحداً أياً كان ذلك الحق . أما أهلية الوجوب فهى صفة نسبية ينظر فيها بالنسبة لصلاحية هذا الكائن لكل حق أو واجب على حدة . وما دام الأمر كذلك فإن الأهلية إذا ثبتت فإنها تثبت كاملة غير قابلة للتجزئة . وعلى ذلك يقال إن للجنين أهلية وجوب تامة بالنسبة للحقوق التى لا تحتاج فى ثبوتها إلى قبول وعديم الأهلية

---

(١) التنقيح ج ٣ ص ١٥٢ .
(٢) كشف الأسرار . البزدوى ج ٤ . ص ٢٣٨ .
(٣) السنهورى . الوسيط فى الالتزامات ص ٢٦٦ . وأبو ستيت فى الالتزامات نبذة ٣٨ .
(٤) سليمان مرقص . المدخل للعلوم القانونية ص ٣٧٩ . بند ٢٤٠ .

بالنسبة لما عداها من حقوق [١] .

وفقاً لهذا النظر تتعدد الأهليات بتعدد الحقوق والواجبات . ولكنهم يقولون إن العرف جرى على أن ينظر إلى هذه الأهليات كوحدة مستقلة يطلق عليها اسم الأهلية (اسم الجنس) ، و بذلك يقال أن للشخص أهلية وجوب كاملة إذا توفرت له مجموع هذه الأهليات وأهلية وجوب ناقصة إذا توفرت له بعض هذه الأهليات دون البعض الآخر [٢] . وطبقاً لهذا العرف يكون للجنين أهلية وجوب ناقصة لأنه غير أهل بالنسبة لبعض الحقوق و بالنسبة للالتزامات .

ولكننا نرى أن هذا القول غير صحيح ، إذ من المعروف أن لكل إنسان بمجرد ولادته أهلية وجوب كاملة مع العلم أنه يوجد بعض الأشخاص لا تتوفر لديهم بعض الأهليات بالنسبة لبعض الحقوق والالتزامات كالمجنون والصبي غير المميز ، فلا يثبت لأحدهما أهلية الوجوب بالنسبة لحقوق الله تعالى . وكذلك الأجانب والنساء ليست لديهم أهلية الوجوب بالنسبة للحقوق السياسية . فهل يقال إن أهلية الوجوب بالنسبة لهؤلاء الأشخاص كاملة مع أنه لا تتوفر لديهم بعض الأهليات . أم يقال إن أهليتهم ناقصة مع العلم بأن العرف يسلم بأن أهليتهم كاملة ؟ .

إن أنصار التفرقة بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية يناقضون أنفسهم لأنهم حينما عرفوا الشخصية قالوا إنها صلاحية الكائن لوجوب حق ما . وهذا ليس أمراً آخر سوى أهلية الوجوب . لذلك لا نرى محلا للتفرقة بينهما .

القيود الواردة على أهلية الوجوب :

تثبت لكل إنسان بمجرد ولادته أهلية وجوب كاملة . إلا أنه قد يرد على هذه الأهلية قيود معينة نذكر منها :

---

(١) خيال ، الالتزامات ، نبذة ٧١ .

(٢) الخفيف ، المعاملات الشرعية ، ص ١٥٧ .

١ — عديمو التميز فى الشريعة الإسلامية لا تجب عليهم التكليفات العبادية أو العقوبات . فالوجوب منعدم هنا لانعدام حكمه وهو الأداء عن اختيار تحقيقاً للابتلاء ، والصغر والجنون ينافيانه . وما يتأدى بالنائب لا يصلح طاعة لأنها نيابة جبر لا اختيار فيها[1] .

٢ — النساء فى الشريعة الإسلامية لا يملكن أهلية الوجوب بالنسبة إلى حق الولاية الشرعية على النفس أو المال[2] .

٣ — الأجانب ليست لهم أهلية اكتساب بعض الحقوق المدنية فى بعض البلاد ، كما هى الحال فى مصر ، بالنسبة لحق الملكية فى الأراضى الزراعية .

٤ — قد يترتب على الحكم ببعض العقوبات الجنائية فقد الإنسان أهلية الوجوب بالنسبة لبعض الحقوق (م ٢٥ عقوبات) فلا يصلح لأن يحوز رتبة أو نيشاناً . كذلك ليس لمن قتل مورثه أهلية الميراث من هذا المورث .

٥ — الحقوق السياسية . تستلزم تشريعات معظم الدول شروطاً معينة لتمتع الشخص بالحقوق السياسية ، كاستلزام سن معينة أو نصاب معلوم . فمن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يعتبر أهلا لهذه الحقوق .

٦ — الشخص المعنوى لا يصلح لأن يكتسب الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية كحق الإنسان فى أن يكون له زوج وحق النفقة وحق الإرث ، كما لا يصلح لاكتساب الحقوق التى تخرج عن نطاق الغرض الذى وجد من أجله . وهذا ما يعرف بمبدأ التخصص .

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٤٢ .

(٢) فى المذهب الحنفى للأم الولاية على النفس بعد سائر العصبات وقبل ذوى الأرحام (الأشباه لابن نجيم ص ٦٣ . راجع ترتيب أولاد الصغير فى ماله فى المادة ٩٧٤ من المجلة) . كما تصلح الأم أن تكون وصية على المال اذا أقامها الأب وصية أو عينتها المحكمة . (أحمد ابراهيم فى أحكام التصرف عن الغير ص ١٣٧) . وأكثر من هذا يرى أبو سعيد الاصطخرى وهو من فقهاء الشافعية ثبوت الولاية فى المال للأم فى حاله موت الأب أو الجد . وهو قول يخالف به مذهب الجمهور . انظر المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٢٩ .

الفصل الثانى

أحوالها

١ — عند الجنين

بعد أن حددت الفقرة الأولى من المادة ٢٩ مدنى مصرى بداية الشخصية بولادة الإنسان حياً أتت باستثناء لهذه القاعدة فى الفقرة الثانية من المادة المذكورة إذ قالت : « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . وهذا القانون هو قانون الأحوال الشخصية . وبذلك تتحدد حقوق الجنين بأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنه .

ولقد لاحظ الشارع الإسلامى أن الجنين لا يمكن اعتباره عدماً كما لا يمكن اعتباره شخصاً كاملا . فهو من ناحية يعتبر جزءا من أمه لأنه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها ، ومن ناحية أخرى يعتبر منفصلا عنها لأنه بعرض أن ينفصل عنها ويصير إنساناً كاملا مستقلا برأسه [١] . من أجل ذلك اعترف له الشارع بأهلية وجوب بالنسبة لبعض الحقوق دون البعض الآخر ودون الالتزام بالواجبات .

وأهلية الوجوب للجنين لا تشمل الواجبات ، لأن ثبوت الواجب فى ذمة الشخص يكون بفعل يرتكبه ويرتب مسئوليته أو بالتزام يلتزمه هو بعبارته أو بعبارة تصدر منه أو من وليه ، ومعلوم أنه لا يمكن تصور شىء من ذلك بالنسبة للجنين . فليس له فعل يوجب عليه ضماناً ، وليست له عبارة تلزمه وليس له ولى ينشىء عليه حقوقاً بعبارته [٢] . لأن الولاية وفقاً للرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية لا تثبت إلا بعد الولادة .

---

(١) شرح المنار لابن ملك ص ٣٤٣ . والقواعد لابن رجب ، القاعدة ٨٤ ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٦٧ .

كذلك لا تشمل أهليـة الوجوب للجنين كل الحقوق . فهو أهل فقط لاكتساب الحقوق التى لا تحتاج فى نشأتها إلى قبول كالحق فى ثبوت نسبه من أبيه وفى الميراث من مورثه (م ٤٢ — ٤٤ من قانون المواريث) وفى استحقاق ما أوصى له به (مادة ٣٥ و ٣٦ من قانون الوصية) وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من ضمن مستحقيه[١] . كل هذه الحقوق لا تحتاج فى ثبوتها إلى إرادة تصدر ممن توجه إليه . فالإقرار بالنسب والوقف الوصـية تصرف انفرادى ينشأ بإرادة المقر وحده ، والإرث واقعة قانونية يملك بها الوارث بقوة القانون[٢] .

ولقد استلزم قانون الوصـية لثبوت ملـكية الموصى له من ضرورة قبوله للوصية . إذ نصت المادة ٢٠ من هذا القانون على أن « الوصية للحمل يكون قبولها ممن له الولاية فى ماله بعد إذن المحـكمة الحسبية »(دائرة الأحوال الشخصية الآن).

ولقد أخذ القانون بما قرره بعض الشافعية والحنابلة من أن الوصية للجنين تحتاج إلى قبول من له الولاية عليه بعد الولادة ؛ و إن كانت نصوص القانون لا تفيد تأخير القبول إلى ما بعد الولادة . و بذلك تدخل فى ملك الجنين استحساناً دون حاجة إلى قبول[٣] .

هل تجوز الهبة للجنين ؟

بينا فيما سبق أن الجنين غير أهل لاكتساب الحقوق التى تحتاج فى نشأتها لقبول من توجه إليه . إذ ليست له عبارة تصدر منه وليس له ولى يقبل عنه . وعلى هذا الأساس لا تصح الهبة له[٤] .

وعلة التفرقة بين الهبة والوصية هى أن الهبة من التصرفات التى يلزم لانعقادها

---

(١) أحمد ابراهيم . الأهليه وعوارضها ص ٧ .

(٢) خيال الالتزامات . نبذة ص ٧١ .

(٣) أبو زهرة . شرح قانون الوصية ص ٥٦.

(٤) جامع أحكام الصغار ج ٢ . ص ٦١ .

تلاقى الإيجاب بالقبول تلاقياً يتحد مكانه فى مجلس العقد[١] . والجنين ليس له ولى يقبل عنه وقت صدور الإيجاب من الواهب . ولو أجل القبول إلى ما بعد ولادته حياً لترتب على ذلك إخلال بمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول .

ولقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون — بعد أن أقر قانون المحاكم الحسبية ومن بعده قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بصحة نصب الوصى على الحمل المستكن — بشأن جواز الهبة له .

فيرى بعض الشراح أن امتناع الهبة لمصلحة الجنين لم يعد له مبرر فى الفقه بعد أن أجاز القانون تنصيب الوصى علي الحمل المستكن . لذلك يجب القول بامتداد شخصيته إلى كل ما هو نافع له نفعاً محضاً سواء فى ذلك ما توقف على القبول وما لا يتوقف عليه[٢] .

وبينما يرى البعض الآخر عدم جواز ذلك بحجة أن الحقوق التى يرتبها القانون للجنين هى حقوق واردة على خلاف الأصل فيجب ألا يقاس عليها ولا يتوسع فيها[٣] .

وعندى أن الرأى الأخير أوجه من الأول ولا سيما أن الشريعة الإسلامية فى الراجح لا تقر تعيين ولى على الحمل المستكن، وأن الوصى الذى أشارت إليه نصوص قانون المحاكم الحسبية الملغى وقانون الولاية على المال إن هو إلا الأمين الذي أجازت الشريعة تعيينه للمحافظة على أموال الجنين . ويؤيد ذلك ما قرره ابن عابدين[٤] من أنه « لو أقام الأب وصياً على الحمل فإن ولايته لا تثبت إلا بعد ولادته » . ولا محل لقياس قبول الوصى على الجنين للهبة على قبوله للوصية لأن الوصية تصرف انفرادى

---

(١) أحمد ابراهيم ، التزام التبرعات ص ٦٧ .

(٢) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق، ص٤٤ . وراجع هاشم مهنا ، الموسوعة الحسبيه، ص ٤٢٧ .

(٣) عبدالحى حجازى ، نظرية الحق، ص ٨٨ .

(٤) ابن عابدين ، العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ص ٣٠١ .

ينشأ بإرادة الموصى وحده ، أما قبولها فليس سوى شرط لثبوت الملكية ، فلايدخل فى أعمال التصرفات . أما القبول فى الهبة فهوشرط للانعقاد فيعتبر تصرفاً . ولا يستطيع الوصى على الجنين مباشرة التصرفات حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً ، لأن وظيفته قاصرة فقط على المحافظة على أمواله .

ملكية الجنين : طبيعتها وبدايتها :

يرى البعض أن الحقوق التى يكتسبها الجنين حقوق احتمالية . ولكن هذا الرأى مهجور ، إذ من المعلوم أن الحق الاحتمالى لا يصبح كاملا ولا يثبت إلا من تاريخ توفر العنصر الناقص (الولادة حياً) . وهذا يخالف ما عليه إجماع الفقهاء من أن الجنين لو ولد حياً فإن حقوقه تثبت من تاريخ سابق على ولادته وهو تاريخ وفاة المورث أو وفاة الموصى .

ويرى البعض[1] أن الحقوق التى يكتسبها الجنين حقوق حالة معلقة على شرط فاسخ ، هو ولادة الجنين ميتاً . وحجتهم أن شخصية الجنين حالة وليست مستقبلة ، لذلك لزم أن تكون الحقوق المترتبة على هذه الشخصية هى الأخرى حالة . فإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن هذه الحقوق المؤكدة تزول بأثر رجعى ويعتبر الجنين كأن لم يكن له حق أصلا . وإذا تخلف الشرط بأن ولد الجنين حياً فإن حقوقه التى كانت قابلة للزوال تتأيد نهائياً .

وعندى أن هذا الرأى أيضاً يخالف ما عليه جمهرة الفقهاء الإسلاميين من أن الجنين ليس له ملك أصلا حتى يولد[2] . ولو كان للجنين ملك فى هذه الحقوق لأثبت له الشارع الإسلامى الولاية على ماله ، وهذا مالم يحصل . أضف إلى ذلك أن هذا الرأى يعتبر حقوق الجنين قبل ولادته حقوقاً حالة على أساس أن شخصيته

---

(١) المرجع السابق ص ٩٤ .

(٢) الأهليه وعوارضها المرجع السابق . ص ٦ بالهامش .

فى هذه الفترة (فترة الحمل) قائمة . وفى هذا القول مصادرة على المطلوب ، ذلك أن وجود الشخصية القانونية للجنين فى حاجة بدوره إلى إثبات .

والرأى الصحيح فى نظرى[١] هو أن الحقوق التى يكتسبها الجنين معلقة على شرط واقف ، هو ولادته حياً . فإذا تحقق هذا الشرط ثبتت شخصيته الناقصة و بالتالى الحقوق المتعلقة بها من وقت وفاة مورثه أو من وقت صدور التصرف الانفرادى ، وتثبت له تبعاً غلات ماله من هذا الوقت . أما إذا تخلف الشرط بأن ولد ميتاً فيعتبر كأنه لم يكن موجوداً من قبل ، وما حجز له من أموال يؤول إلى ورثة مورثه أو موصيه . كل ذلك إعمال لقاعدة الأثر الرجعى للشرط .

الوصاية على الجنين :

ثار الخلاف بين الفقهاء الإسلاميين بخصوص صحة نصب الوصى على الحمل المستكن . فيرى معظم الفقهاء عدم جواز ذلك لأن الأب ليس له ولاية على الحمل المستكن فمن باب أولى يجب ألا يكون لوصيه سلطة لا يملكها هو . أضف إلى ذلك أن الجنين فى نظرهم ليس له ملك أصلا فى الأموال المحجوزة له ،ومن ثم فلا محل للوصاية مادام المراد تنصيب وصى عليه ليس له أموال[٢] .

بينما يرى البعض الآخر عكس ذلك و يسلم بصحة نصب الوصى على الجنين بحجة أنه لما جاز الوقف على الجنين جازت الوصية له و به[٣] . وهذا الرأى غير سليم لأنه يخلط بين الوصية والوصاية و بديهى أن ما يجوز على أحدهما لا يجوز على الآخر .

ولو أن الرأى الأول هو الراجح فى الفقه الإسلامى إلا أن العمل جرى على الأخذ بالرأى الثانى . ذلك أن المصلحة والعدالة تقتضيان ضرورة وجود

---

(١) خيال ، الالتزامات ، نبذة ٧١ .

(٢) أحمد ابراهيم ، الأهليه وعوارضها ، ص ٧ بالهامش

(٣) الشلبى ، تنقيح الفتاوى الحامدية ، جـ ٢ ص ٣٠٠ .

شخص يحافظ على أموال الجنين حتى إذا تحقق الشرط الواقف بولادته حياً لا نكون قد أهدرنا مصالحه بترك أمواله بلا حصر ولا تأجير واستثمار فى فترة الحمل .

ولقد نص قانون المحاكم الحسبية الملغى وقانون الولاية على المال أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر . وإذا لم يكن للحمل وصى مختار فإن المحكمة تعين له وصياً [١] .

وإنى أرى أن وصى الجنين الذى أشار إليه القانون المصرى ليس إلا الأمين الذى قررته الشريعة الإسلامية للمحافظة على أموال الحمل المستكن وليست له ولاية على هذه الأموال ، طبقاً لما بيناه سابقاً [٢] .

اثبات وجود الحمل المستكن :

اختلف القضاء المصرى فى كيفية إثبات وجود الحمل المستكن فى بطن أمه فى حاله منازعة باقى الورثة . فقضت بعض الأحكام بأنه إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة أو امرأتين . فإن لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، وإن وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيبه حتى الولادة وذلك عملا بقواعد الشرع الإسلامى [٣] .

---

(١) نصت المادة ٣٩٣ فرنسى على أنه إذا مات الزوج وكانت الزوجة حاملا عين مجلس الأسرة وكيلا عنها يسمى قيم الحمل . وتكون الزوجة عقب الولادة هى الوصيه على ولدها . أما قيم الحمل فيصير مشرفا عليها .

(٢) راجع ص ٢٣ .

(٣) راجع حسبى عال ١٤ يونيه سنه ١٩٢٥ (المجموعة الرسمية سنه ١٩٢٦ حكم رقم ١٠٨ ص١٨٧) وراجع ماجاء فى تكملة ابن عابدين جـ١ ص٦٩ . « قال الحموى فى الملتقط من كتاب المواريث : إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة فان لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، فان وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيب اثنين » .

وقضت بعض الأحكام بعكس ذلك فقررت أنه للقاضى أن يكون اعتقاده في وجود الحمل من ظروف وقرائن ومستندات الدعوى ويقيم وصياً على الحمل بغير استعانة بهذا الطريق الشرعى .

ونحن نرجح مبدأ القضاء الثانى إذ أن الكشف على المرأة رغماً عنها فيه اعتداء على كرامتها .

لذلك يجب أن يترك للقاضى الرأى الأعلى فى تكوين اعتقاده .

وظيفة الوصى على الحمل المستكن :

يجب على الوصى أن يقوم باتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن وأن يدير التركة إدارة مؤقتة وأن يحفظ له نصيبه فى الميراث (أحظ النصيبين) وأن يقبل الوصية له بعد إذن دائرة الأحوال الشخصية . وعليه التبليغ عن الولادة بمجرد حصولها وأن يتخذ الاحتياطات لمنع اختطاف الطفل عند ولادته أو تغييره . و بعد الولادة يصبح وصى الحمل وصياً على القاصر دون افتقار إلى تعيين جديد .

٢ — بعد الولادة

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ١/٢٩ على أن الشخصية القانونية تبدأ بمجرد تمام ولادة الإنسان حياً . من هذا النص يتبين لنا أن الشخصية القانونية و بالتالى أهلية الوجوب لا تبدأ إلا بتوفر شرطين (مع ملاحظة ما سبق أن قررناه بالنسبة للجنين) .

الشرط الأول : تمام الولادة ، ويقصد بتمام الولادة انفصال المولود عن جسم أمه انفصالا تاماً . ولا يكفى لذلك خروج رأس الجنين أو خروج أكثره بل لا بد من خروجه كله .

الشرط الثانى : الحياة ، إذ لا يكفى تمام الولادة لبدء أهلية الوجوب، بل لا بد أيضاً من أن تثبت حياة المولود ولو لأقصر مدة ممكنة بعد الولادة .

واشتراط تمام ولادة الجنين حيـــا يوافق مذهب الأئمة الثلاثة [١] الشافعى ومالك وأحمد ، و به أخذ قانون الوصية (م ٣٥) وقانون المواريث (م ٤٣). وهو يخالف ما كان عليه الحال عندنا قبل ذلك عملا بمذهب أبى حنيفة الذى يكتفى بولادة أكثر الجنين حيا . ولا يشترط القانون المصرى أن يكون المولود قابلا للحياة Viable كما اشترط ذلك القانون الفرنسى وعلى ذلك لو ولد الجنين ممسوخا أو غير مستكمل للأعضاء التى تمكنه من الحياة فإن أهليته للوجوب تثبت بمجرد انفصاله من بطن أمه حياً . و بهذا الحكم أخذ القانون الألمانى ، إذ من الصعب التحقق مما إذا كان المولود قابلا للحياة أم غير قابل لها . والأولى الأخذ بمعيار ثابت هو تحقق الحياة فعلا وقت الانفصال [٢] .

و إذا ولد الجنين ميتاً سواء بجناية أو بدون جناية فيعتبر كان لم يكن ، ومن ثم تؤول الحقوق التى كانت محجوزة له إلى ورثة مورثه . أما إذا ولد حياً ثم مات ولو بعد برهة يسيرة فإن أهليته للوجوب تكون قد ثبتت بولادته حياً وانتهت بوفاته ومن ثم تؤول حقوقه إلى ورثته هو ، لا إلى ورثة مورثه .

٣ — بعد الوفاة

افترض الفقهاء وجود الذمة لتكون محلا تتعلق به الحقوق والواجبات فيصير الإنسان بذلك أهلا لماله ولما عليه ، أى صالحاً للالزام والالتزام . ولما كانت الذمة فى نظر معظم الفقهاء أمراً تقديرياً أو اعتبارياً فنجدهم يفترضونها بعد الوفاة كما افترضوها أثناء الحياة . إنما اشترط الحنفية لامتداد ذمة المتوفى أن يترك

---

(١) خلاف . شرح قانون المواريث . ص ١١٩ .

(٢) شفيق شحاته . النظرية العامة للحق ص ٤٣ .

مالا أو كفيلا بما عليه من ديون . ذلك أن الموت عندهم يضعف الذمة فلاتستطيع أن تتحمل وحدها ما على الميت من ديون فضمت إليها التركة ، إذ لما استحال تتبع الميت أقيم تتبع المال مقام تتبعه .

مظهر بقاء أهلية الوجوب بعد الوفاة :

تفترض الذمة بعد الوفاة لثبوت بعض الحقوق كتجهيز الميت وتكفينه وتنفيذ وصاياه والقيام بواجباته كقضاء ديونه . وقد تتعلق بذمة الميت أموال وواجبات لم تكن ثابتة له من قبل إذا كان قد باشر أسبابها حال الحياة . كما لو نشر شبكة ثم وقع فيها صيد بعد وفاته فإنه يكون تركة ملكا له . وكما لو حفر حفرة فى الطريق العام فوقع فيها حيوان فنفق ، فإن الميت يضمن قيمته و يكون الضمان فى تركته(١) .

والذمة بعد الوفاة لا تحتمل كل حق وكل واجب ، ذلك أنها ضعيفة ولايقويها إلا ما تركه المتوفى من مال أو كفيل . فإذا لم يكن هناك مال ولا كفيل فلا وجوب ولا ذمة .

. فإذا ترك المتوفى مالا كان هناك وجوب ، والوجوب يقتضى الذمة . و يتعلق الدين بالذمة والمال معاً .

وإذا لم يترك المتوفى مالا ولكن ترك كفيلا ، فإن التزام الكفيل يقتضى وجود الالتزام فى ذمة الأصيل وهو المتوفى .

أما إذا لم يترك المتوفى مالا ولا كفيلا فهل يجوز كفالة دينه بعد وفاته فيبقى التزامه وتستمر ذمته ؟ .

يرى أبو حنيفة عدم جواز كفالة دين الميت بعد وفاته ، وحجته أن الدين

---

(١) راجع على الخفيف ،الحق والذمة ،ص ٩٥ .

يسقط عن الذمة بعد الوفاة فى حالة عدم وجود مال أو كفيل ، و إذا سقط الدين فلا معنى لكفالته .

بينما يرى الصاحبان أن كفالة الدين عن الميت جائزة لأن الموت فى نظرهما لا يسقط الدين ، و إن كان لا يمكن المطالبة به لعجز الميت عن أدائه . لذلك يجوز ضمانه بعد الوفاة . و يصبح شأن الميت فى هذه الحالة شأن العبد تجوز كفالة دينه و إن كان عاجزاً عن الإداء .

ونرى أن هذا الرأى أوجه من سابقه ، ذلك أنه من الخطأ القول بأن الموت يسقط الدين حتى ولو لم يكن للمتوفى مال أو كفيل ، ودليلنا علي ذلك :

١ — لو نشأ للمتوفى مال بعد موته كان للدائنين المطالبة بحقوقهم من هذا المال .

٢ — روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم جاء يصلى على ميت فسأل هل عليه دين . فقالوا نعم يارسول الله ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال أحد الصحابة : هما على يا رسول الله . فصلى عليه .

هذا دليل على جواز كفالة الدين وبقائه بعد الوفاة حتى ولو لم يترك المتوفى مالا أو كفيلا [١] .

إلى أى وقت تستمر أهلية المتوفى :

إذا كان المورث غير مدين فإن أهليته تنقضى فور وفاته وتنتقل أمواله إلى ورثته مباشرة . بل قد روى عن محمد أن ملكية الورثة تثبت قبل موته فى آخر أجزاء الحياة لأن الارث يجرى بين الزوج والزوجة ، والزوجية تنقطع بالموت . فلو كانت الملكية بالميراث عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها . [٢]

أما إذا كان المورث مديناً فإن أهليته وفقاً لرأى الحنفية — لا تنتهى إلا بعد

---

(١) أبو زهرة ، أحكام التركات ، ص ١٩ .

(٢) المرجع السابق . ص ١٩ .

قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه من أمواله . فإن كانت التركة مستغرقة للدين فإنها تظل مشغولة كلها بحاجة المتوفى ، ومن ثم لا تنتقل إلى الورثة . لذلك قدر الفقهاء بقاء الذمة بعد وفاة الميت لبقاء حاجته حتى لا تكون أمواله سائبة ليس لها مالك[1] يخلف مورثه فيما يفضل من حاجته . بمعنى أن الجزء الذى يقابل الدين يظل فى حكم ملك المتوفى ، أما الجزء غير المشغول فإنه ينتقل إلى الورثة . فالدين ولو قل فإنه يمنع ملك الوارث بقدره .

ما سبق بيانه هو رأى الحنفية ، وحجتهم فيما ذهبوا إليه قوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

أما الشافعية ، فيرون أن ملكية المورث تزول بمجرد وفاته ، وابتداء من هذا الوقت تنتهى أهليته وتنتقل أمواله إلى ورثته سواء كانت التركة مستغرقة للدين أو غير مستغرقة له وتصير الديون متعلقة بذمة الورثة . وحجة الشافعية فيما ذهبوا إليه :

١ — السنة : قال الرسول صلى الله عليه وسلم « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته » .

٢ — القياس : قاس الشافعية تعلق الدين بالتركة على تعلقه بالمال المرهون . ولما كان الرهن لا يمنع من ملكية المال المرهون فكذلك الدين لا يمنع من ملكية الورثة للمال المتعلق به الدين .

٢ — المصلحة : تقضى المصلحة بانتقال الملكية إلى الورثة فور الوفاة . لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى استحقاق من كان غير وارث وقت الوفاة لمانع إذا إذا زال هذا المانع بعد الوفاة .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٣ .

في القانون المصرى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٨٧٥ منه على أن انتقال الأموال للورثة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومن هذه الأحكام مبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون . كما نصت المادة ٨٩٩ على أنه « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى » . ولقد تعسف كثير من الشراح و بعض المحاكم فى تفسير المبدأ القائل بألا تركة إلا بعد قضاء الديون ، فقرروا أنه لا حق ولا ملك للورثة إلا بعد إيفاء ما عليها من ديون ، أى أن التركة تبقى حكما فى ملك الميت ولا تنتقل إلى الورثة إلا بعد وفاء الديون وقضاء الوصايا[1] .

ولكننا لا نوافق على هذا التفسير لأنه حتى وفقاً لرأى الحنفية فإن الدين لا يمنع من انتقال ملكية الأموال للورثة فور الوفاة بالنسبة للجزء غير المشغول بالدين كما سبق أن بينا .

والرأى الصحيح هو أن شخصية المتوفى أو أهليته للوجوب تنتهى بمجرد وفاته وتنتقل أمواله وديونه إلى ورثته ، ولكنهم لا يسألون إلا فى حدود التركة أى لا يسألون عن ديون تزيد عن أموال المتوفى . هذا هو التفسير المنطقى لمبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون .

ولقد أقرت هذا النظر بعض المحاكم عندنا فحكم بأن « القاعدة الشرعية الا تركة إلا بعد قضاء الديون لا يقصد بها أن تبقى التركة معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها . و إنما يقصد بها أن التركة تنتقل ملكيتها إلى ملكية الورثة محملة بهذا العبء ، ولدائنى التركة حق الأولوية فى استيفاء ديونهم ، وان الوارث

---

(١) محكمة سمالوط الجزئية ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة رقم ٤٨٠ ص ١١٠٦ س ١٨ .

يصبح بانتقال التركة إليه ملزماً بقضاء ديونها بقدر ما أخذه من مال التركة[١].

كما حكم أيضاً بأن القول بألا تركة إلا بعد وفاء الديون لا يقصد به بقاء التركة معلقة حتى يدفع ما عليها من الديون ، وإنما يراد به أن يكون الوارث مسئولا عن الدين بنسبة ما استولى عليه[٢].

ولقد أخذ بهذا الرأى الشيخ خلاف[٣] فقرر « أن بعض الفقهاء اعتبر للميت بعد موته أهلية وجوب كاملة إذا مات دائناً ومديناً ، فتكون له حقوق على مدينه وعليه حقوق لدائنيه . وهذا كلام لا وجه له . والحق أن الموت قضى على خاصة الإنسان ، فليس له ذمة ولا أهلية كاملة ولا ناقصة . وأما مطالبة مدينيه بما عليه من الديون فلأنها صارت حقاً للورثة . والورثة خلفوا مورثهم فيما كان له وفيما كان عليه فى حدود التركة » .

ويترتب على تفسير مبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون على الوجه السابق ذكره أن الأموال تنتقل إلى الورثة فور الوفاة ، ولا تكون على حكم ملك المتوفى، لانعدام ذمته وأهليته ، ومن ثم إذا تصرف فيها الورثة فإن التصرف لا يكون باطلا وإنما يكون غير نافذ فقط فى حق الدائنين. ذلك أن التصرف صدر من مالك وعدم النفاذ مقرر لمصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتركة ، لذلك لا يستطيع المتصرف إليه أن يطالب بالبطلان كما فى حالة صدور التصرف من غير مالك .

---

(١) محكمة جرجا الجزئية — ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ — محاماة رقم ٣٨٠ ص ٧٧٢ السنة الثالثة عشرة) .

(٢) محكمة سمالوط الجزئيه ٢١ مايو سنة ١٩٢٤ .

(٣) الشيخ خلاف . أصول الفقه . ص ١٥٠ .

٤ — عند الرقيق

جاءت الشريعة الإسلامية فوجدت الرق نظاماً سائداً فى كافة الشعوب القديمة مقرراً فى شرائعهم فلم تحاول إلغاءه ، إذ كان من دعامة النظم الاقتصادية القائمة وقتئذ . إنما وضعت أحكاماً من شأنها القضاء عليه بمضى الزمن ، فقللت من أسباب وجوده وقصرتها على سبب واحد هو الأسر فى الحرب المشروعة ، وفتحت أبواباً كثيرة للخلاص منه وحثت على حسن معاملته وجعلت للرقيق حقوقاً باعتبار أنه آدمى .

أسباب وجود الرق :

تعددت أسباب الرق فى الشرائع القديمة ، بعضها يرجع إلى فكرة الجزاء سواء أكان مدنياً أم جنائياً ، وبعضها يرجع إلى فكرة التعاقد ، والبعض الآخر يرجع إلى حكم القوة . ونذكر من هذه الأسباب :—

١ — كان الرق وسيلة من الوسائل التى تنقضى بها الديون المدنية .

فكان للدائن فى الشرائع والنظم القديمة أن يتخذ من الوسائل ما يراه كافياً لضمان الوفاء بحقه ، له أن يضرب مدينه ، وله أن يحبسه حتى إذا يئس من تلك الوسائل كان له أن يسترقه ويبيعه ، وله إن شاء فى بعض الأحوال قتله[1] .

---

(١) مذكرات خيال فى الأموال . بدر والبدراوى ، القانون الرومانى ، ص ١٤١

والظاهر أن هذه العادات كانت موجودة عند العرب، فلما جاء الإسلام قضى عليها. يدل على ذلك ما جاء فى بعض الكتب [١]، نقلا عن الحافظ الطحاوى، من أن زيد بن أسلم قال «لقيت رجلا بالإسكندرية يقال له تسترق، فقلت له ما هذا الاسم، فقال سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ذلك أنى لقيت رجلا من أهل البادية ببعيرين له يبيعهما فابتعتهما منه، وقلت له انطلق معى حتى أعطيك ثمنهما فدخلت بيتى وخرجت من خلف لى، وقضيت بثمن البعيرين حاجتى وتغيبت حتى ظننت أن الأعرابى قد خرج فخرجت والأعرابى مقيم. فأخذنى فقدمنى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر. فقال رسول الله عليه السلام ما حملك على ما صنعت ؟. قلت قضيت بثمنهما حاجتى. قال فاقضه. قلت ليس عندى مال. قال أنت سرق، اذهب يا اعرابى فبعه حتى تستوفى حقك. فجعل الناس يسومونه فى ويلتفت إليهم ويقول ما تريدون؟. فيقولون نريد ابتياعه منك فنعتقه. قال فو الله ان منكم أحد أحوج إليه منى، إذهب فقد اعتقتك».

ولقد نسخ هذا الحكم بقوله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة».

ولقد روى مثل ذلك فى حادثة معاذ بن جبل، ذلك أن غرماءه طلبوا إلى الرسول بيع معاذ فى دين عليه، فرد عليهم صلى الله عليه وسلم قائلا «ليس لكم إليه سبيل».

٢ — ولقد كان الرق فى الشرائع القديمة جزاء جنائياً يوقع على من يرتكب بعض الجرائم وبصفة خاصة السرقة.

ففى القانون الرومانى كان المسروق منه إذا ضبط الفاعل فى حالة تلبس أن

---

(١) المعتصر لمختصر مشكل الآثار ص ٢٧ طبعة حيدر آباد سنة ١٣١٧. نقلا عن الخفيف كتاب الحق والذمة، ص ٨٢.

يبيعه كعبد خارج روما . كما كان الاسترقاق عقوبة تبعية تلحق المحكوم عليهم بالإعدام أو بالأشغال الشاقة أو بمنازلة الوحوش . وكانت تظهر أهمية موت المحكوم عليهم بالإعدام أرقاء من حيث أن أموالهم لا تؤول إلى ورثتهم ، بل تصادر لمصلحة الدولة . لذلك كثيراً ما كان يلجأ المحكوم عليه بالإعدام إلى الانتحار قبل تنفيذ الحكم ليتفادى هذا الأثر .

ولقد أشار القرآن الكريم فى سورة يوسف إلى العادة المتبعة فى شريعة موسى من أن نفس السارق جزاء سرقته بقوله تعالى « فما جزاؤه إن كنتم كاذبين ؟ . قالوا جزاؤه من وجد فى رحله فهو جزاؤه » .

٣ — كما كان التعاقد الاختيارى مصدراً من مصادر الرق . فكان للشخص أن يبيع نفسه ، وكان للأب أن يبيع أولاده باعتبارهم أرقاء حتى يتخلص من الانفاق عليهم ، ولقد ساعد على ذلك انتشار الفاقة فى بعض البلاد .

٤ — ولقد كان أهم أسباب الرق فى الشعوب القديمة هو الحروب . فكانت القبيلة القوية تسترق القبيلة الضعيفة . وكانت الدولة المنتصرة تسترق أسرى الدولة المنهزمة . لذلك كان النخاسون يرافقون الجيوش و يخطفون النساء ، واشتهرت أسواق هذه التجارة فى جميع الممالك بالعالم [١] .

ولقد قضت الشريعة الإسلامية على الأسباب السابقة للرق فيما عدا الحرب ، واشترطت أن تكون حربا مشروعة وأن تكون ضد الكفار وتتحقق الغلبة للمسلمين ثم لا يقبل الكفار الإسلام أو دفع الجزية .

هذا الحكم لم يثبت فى القرآن الكريم . ذلك أن الله سبحانه وتعالى بين حكم الأسرى فى كتابه الكريم ، وهو المن أو الفداء . إذ قال تعالى

---

(١) انظر كتاب هايد W. Heyd ، الطبعة الفرنسية
Histoire du Commerce au Levent au moyen-age
ليبزيج سنة ١٩٢٣ ج ٢ ص ٥٥٥ .

« فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب ، حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق ، فاما منا بعد واما فداء ، حتى تضع الحرب أوزارها » . كما قال تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية » .

ولم يثبت سبب الاسترقاق إلا بالسنة العملية ، حيث وردت الآثار بأن الرسول صلى الله عليه وسلم استرق بعض الأسرى ، لضرورة حربية أو لمقابلة المثل بالمثل . وغالباً ما كان يلجأ المسلمون إلى عرض الجزية قبل الاسترقاق . من ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح نصارى نجران على جزية قدرها ألفا ثوب ، وكذلك صالح عمر بن الخطاب نصارى بنى تغلب على جزية فرضها على كل رجل منهم توازى ضعف ما كان مضروبا على كل رجل من المسلمين.(١)

من هذا نرى أن الرق ثبت إبتداء عقوبة على الكفار الذين رفضوا الإسلام أو دفع الجزية ورأى الإمام استرقاقهم بدلا من المن عليهم . لهذا لا يجوز استرقاق المسلم ابتداء . إلا أن فكرة العقوبة تنوسيت وأصبح الرق يبقى على الرقيق هو وذريته(٢) وإن أسلموا بعد ذلك .

---

(١) أحمد شفيق ، الرق فى الإسلام ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٨٠ .

معاملة الرقيق :

كانت الشرائع القديمة وبعض الشرائع إلى عهد قريب تنظر إلى الرقيق على أنه آلة ذات روح أو متاع تدب فيه الحياة ليست له صفة الآدمية الا فيما يتعلق بالواجبات دون الحقوق . يدل على ذلك ما جاء بقانون احدى الولايات المتحدة (لويزيانا وكارولينا) من أن « العبيد لا نفس لهم ولا روح ولا فطانة ولا ذكاء ولا ارادة لهم ، وما كانت الحياة تدب الا فى أذرعتهم فقط» (أحمد شفيق ، الرق فى الإسلام ، ص ٤٠) .

وكان العبيد يقاسون ألوانا من العذاب والهوان تقشعر منها الأبدان فيشوى حياً أو يوضع الزيت المغلى فى فيه وأذنه . مثل هذه الوحشية ما جاء فى شريعة مانو الهندية من أنه « اذا اشترى البرهمى رجلا سودرا ، بل واذا لم يشتره فانه يجوز له أن يجبره على خدمته بصفة كونه رقيقاً (داذا) لأن مثل هذا

= الإنسان ما خلقه واجب الوجود الا ليخدم البراهمة، ثم إن السودرا وان أطلق سيده سراحه لا تفارقه صفة الخدمة. فمن ذا الذى يمكنه من أن يزيل عنه حالة طبيعية مرتبطة به.

« واذا اضطهد السودرا أحد البراهمة فلا مندوحة من قتله، واذا وجه رجل من الطبقة الدنيئة سبابا فاحشا الى أحد الدويدياس (أى أولئك الذين تتألف منهم الطبقات العليا الثلاث وهم البراهمة وكشترياس وفيزياس) فجزاؤه سل لسانه لأنه ناتج من القسم الأسفل من برهمة. واذا ذكر أحدهم باسمه على هيئة يؤخذ منها الازدراء فجزاؤه أن يوضع فى فمه خنجر طوله عشرة أصابع بعد احمائه بالنار احماء شديداً. فاذا ساقه عدم الحزم وقلة التبصر الى بذل النصائح والمواعظ للبراهمة فيما يتعلق بواجباتهم، فعلى الملك أن يأمر بوضع الزيت المغلى فى فيه وأذنه.

« واذا سرق البرهمى من السودرا عوقب بالغرامة. أما اذا سرق السودرا من البرهمى فجزاؤه أن يحرق. واذا تجاسر السودرا على ضرب أحد القضاة فليعلق بسفود وليشو حياً. فإذا ارتكب البرهمى مثل هذه الجريمه فليغرم » (المرجع السابق ص ١١).

ولم تكن معاملة الأرقاء فى القانون الرومانى القديم تختلف كثيراً عن القانون الهندى، اذ كانوا يعاقبون بعقوبات قاسيه لأقل الهفوات أخفها تعليقهم من أيديهم وربط الأثقال فى أرجلهم واستعمالهم فى الحراثة مكبلين بالسلاسل مثقلين بالاغلال. ولم تتحسن معاملة الرقيق فى القانون الرومانى الا بعد مراحل متعددة حيث صدرت قوانين فيما بعد تحرم على الموالى الزام الارقاء بمنازلة الوحوش والحيوانات الكاسرة الا بعد التصريح من القاضى بذلك اذا صدر منه جرم يستوجب هذا الجزاء.

ولما جاءت النصرانية لم تحرم الرق، بل حبذ رجال الدين الرسميين مشروعيته وأقروا صحته. فقد أوصى بولس الأرقاء فى رسالته التى بعث بها الى الافسيسيين (سكان مدينه Ephéses بآسيا الصغرى) أن يطيعوا مواليهم مع الخوف والرعب كما يطيعون المسيح عليه السلام. وقال القديس ايزيدوروس مخاطبا الرقيق « إنى لأنصحك بالبقاء فى الرق حتى لو عرض عليك مولاك تحريرك فانك بذلك تحاسب حسابا يسيراً لأنك تكون خدمت مولاك الذى فى السماء ومولاك الذى على الأرض ». (احمد شفيق ص ٥٠).

ولما جاءت الشريعة الاسلامية اختزلت مراحل التطور التي مر بها الرق وقاسى فيها الأرقاء العذاب والهوان، فحضت على حسن معاملته وشجعت على تحريره عن طريق العتق والمكاتبة والتدبير. ومعنى المكاتبة اتفاق السيد مع العبد على تحريره لقاء مبلغ من المال يؤدى فى أجل معين، ومعنى التدبير أن يعلق السيد تحرير عبده على وفاته (المغنى ج ١٢ ص ٢٣٣، ٣٠٧، ٣٣٨).

وجعلت الشريعة تحرير الرقيق أول ما يقتحم به الإنسان العقبة ويصل به إلى رحمة مولاه. قال تعالى فى سورة البلد المكية « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة، فك رقبة أو اطعام فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة ». ولقد أمر الله سبحانه وتعالى بالاحسان إلى الرقيق فقال « وبالوالدين إحسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم » (سورة النساء). وجعلت الشريعة تحرير الرقاب كفارة لكثير من الخطايا. فهو كفارة للقتل خطأ. قال تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ =

أهلية الرقيق :

يرى جمهور الفقهاء أن الرقيق سلعة من السلع ، لسيده عليه حق ملكية ، له أن يستعمله فى الخدمة داخل المنزل وخارجه وله أن ينتفع به ،فأولاده ملك لسيده. كما له أن يتصرف فيه ببيعه أو هبته أو رهنه (١) .

ويسلم جميع الفقهاء بأن الرقيق مخاطب بحقوق الله تعالى ،وأنه أهل للتصرفات الفعلية ، إذ أن الحجر لا يشمل هذه التصرفات . لذلك يقام عليه الحد أو القصاص إذا ارتكب ما يوجب ذلك . إلا أنهم اختلفوا فى مقدار الحد

= فتحرير رقبة مؤمنة » . وهو كفارة لمن حنث فى يمينه ،قال تعالى فى سورة المائدة «لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان ، فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » . وجعل الله للارقاء نصيباً من الصدقات فى الآية الكريمة « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل » (سورة التوبة) .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم حض على حسن معاملة الرقيق واعتاقه . فقد ورد فى الحديث الشريف «من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه » . (أخرجه صحيح مسلم وأحمد وأبو داود. راجع مسلم ج ٥ ص ٩٠ . وسنن أبى داود ج ٤ رقم ٥١٦٨ ،والفتح الكبير ج ٣ ص ٢٣٧). وروى أن آخر كلمة نطق بها الرسول « الصلاة وما ملكت أيمانكم » .

ولقد نهى عليه الصلاة والسلام عن تحقير العبد فقال « لا يقل أحدكم اطعم ربك .وضىء ربك. اسق ربك . ولا يقل أحدكم عبدى أمتى . وليقل فتاى وفتاتى وغلامى» . (شرح العينى ج ١٣ ص ١١٢) .

وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم من العمل ما لا يطيقون ، فما أحببتم فأمسكوا وما كرهتم فبيعوا ،ولا تعذبوا خلق الله فان الله ملككم إياهم ولو شاء لملكهم إياكم» . (صحيح مسلم ج ٥ ص ٩٣ وشرح العينى على البخارى ج ١٣ ص ١٠٧ وسنن أبى داود ج ٤ رقم ٥١٥٨) .

وروى ابن عمر أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له « كم أعفو عن عبدى. فلم يجبه عليه الصلاة والسلام بشيء ،فأعاد عليه السؤال مرة ثانية وثالثة ،ولم يجبه صلى الله عليه وسلم بشيء ،ولما سأله المرة الرابعة صاح فى وجهه وقال : اعف عن عبدك سبعين مرة كل يوم» . (أحمد شفيق الرق فى الاسلام ص ٧٤) .

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ١٠ ص ١٢ .

الذى يقام عليه ، فيرى البعض أن حد العبد كحد الحر ، ويرى البعض الآخر أن حد العبد نصف حد الحر .

واتفقوا أيضاً على أن العبد إذا أتلف شيئاً لآخر فإنه يضمنه ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتاق [١] .

ونبحث الآن بعض المسائل الخلافية فيما يتعلق بأهلية الرقيق .

أهلية التملك :

يرى أئمة المذاهب الإسلامية أن العبد لا يملك شيئاً ، فهو وما كسبت يداه لسيده [٢] . ذلك أنه مال ولا يجتمع مملوكيته مالا وملكيته للمال . واستدل الأئمة على ذلك بقوله تعالى : « ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقاً حسنا فهو ينفق منه » . واستدلوا على ذلك أيضاً بالسنة ، إذ وردت الأحاديث بأن العبد لا يرث ولا يورث .

ولقد خالف أتباع المذهب الظاهرى أئمة المسلمين فقرروا أن العبد كالحر فى التملك مالم ينتزع سيده ماله . وقالوا إن قوله تعالى «ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شيء » لا دلالة فيه على أن العبد لا يملك شيئاً ، ذلك أن الله سبحانه وتعالى ذكر فى الآية من العبيد من كانت صفته ألا يقدر على شيء . وليس معنى ذلك أن هذه الصفة متوفرة فى كل عبد . أضف إلى ذلك أن نفى القدرة على شيء قد تكون لضعف أو مرض .. الخ . فالآية ليس فيها نص ولا دليل ولا إشارة على ذكر ملك أو مال . ونظير ذلك قوله تعالى « وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١ ، ٧ . والهندية ج ٥ ص ٧٢ وما بعدها . والتقرير والتحبير ج ٢ ص ١١٨ .

بخير» . فهل يجب من هذا أن تكون هذه هى صفة كل أبكم أو أن يكون الأبكم لا يملك شيئاً [١] .

كما أن الأحاديث التى قررت أن العبد لا يرث ولا يورث لا دلالة فيها على أنه لا يملك. إذ أن الإرث ليس إلا سبباً من أسباب متعددة لاكتساب الملكية ، فالعمة لا ترث وليس معنى ذلك أنها لا تملك .

ولقد استدل أنصار المذهب الظاهرى على أهليـــة الرقيق للتملك بالقرآن والسنة .

١ — القرآن : أمر الله سبحانه وتعالى بإعطاء الأمة صداقها . فالصداق حق للأمة أى ملك لها . قال تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن بالمعروف » . كما أن الله سبحانه وتعالى وعد الإماء والعبيد بالغنى وأخبر أن الفقر والغنى جائزان عليهم ، إذ قال تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » . ولايجوز أن يوصف بالفقر إلا من يملك ،فيعدم مرة و يستغنى أخرى.وأمامن لايملك أصلا فلا يجوز أن يوصف بفقر أو غنى كالإبل والبقر والسباع والجمادات [٢] .

٢ — السنة : كان الرسول صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك إذا دعاه لطعام أوشراب. فلولم يكن مالكا لماله لما أجاب عليه السلام دعوته .

ولقد اختلف الفقهاء فى مسألة أخرى وهى هل يملك العبد ما يملكه سيده إياه . فيرى أبو حنيفة أن العبد لا يملك إطلاقاً وإن ملكه سيده شيئاً [٣] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ رقم ١٣٩٨ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٣٢٢ .

(٣) الدر المختار جـ ٢ ص ٥٤٥ .

وقال بجواز تمليكه مالك والشافعى فى مذهبه القديم وابن حنبل فى رواية غير مشهورة عنه[١] .

مما سبق نرى أن فقهاء المسلمين اختلفوا فى جواز تمليك العبد فبعضهم أعطاه حرية التملك كاملة ، والبعض حجبها عنه كاملة ، والبعض توسط بين أولئك وهؤلاء .

أهلية الرقيق فى التعاقد :

سلك أنصار المذهب الظاهرى مسلكا متمشياً مع منطقهم مخالفين به سائر مذاهب أئمة المسلمين . فقالوا إن العبد كالحر فى جواز صدقته وهبته و بيعه . ذلك أن الله سبحانه وتعالى أمر بالصدقة إذ قال : « يا أيها الذين آمنوا لا تلهكم أموالكم ولا أولادكم عن ذكر الله ومن يفعل ذلك فأولئك هم الخاسرون وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى أحدكم الموت فيقول : رب لولا أخرتنى إلى أجل قريب فأصدق وأكون من الصالحين » . والنص عام يشمل الذكور والاناث والأحرار والأرقاء ، ولا خلاف فى أن العبد والأمة مخاطبان بالإسلام وشرائعه ، ملزمان بتخليص أنفسهما والتقرب إلى الله تعالى بصالح الأعمال ، موعودان بالجنة متوعدان بالنار كالأحرار ولا فرق . فالتفريق بينهما خطأ إلا حيث جاء النص بالفرق بينهما[٢] .

أما باقى فقهاء المسلمين فقد خالفوا هذا الرأى . وقالوا إن العبد محجور عليه فى الأصل . وفرقوا فى أهلية التعاقد بين العبد غير المأذون والعبد المأذون .

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . فتح العزيز ج ٩ ص ١٤١ . وشرح الخرشى ج ٤ ص ٢١٠ . المغنى ج ٤ ص ٢٥٦ ، ٢٩١ ، ٢٩٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٢٠ .

ا — العبد غير المأذون :

الرأى السائد لدى فقهاء المسلمين هو أن العبد غير المأذون أهل لإيقاع الطلاق ومباشرة التصرفات المفيدة كقبول الهبة والوصية [١] .

فهو أهل لإيقاع الطلاق بدون إذن سيده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن الطلاق لمن كان بيده الساق ، ولما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال « إذا نكح العبد بغير إذن مواليه فنكاحه حرام ، فإن نكح بإذن مواليه فالطلاق بيد من يستحل الفرج » . وهو قول أبى حنفية ومالك والشافعى وأبى سليمان والحسن و إبراهيم وسعيد بن جبير . إلا أن هناك قولا ضعيفاً يحرم العبد من إيقاع الطلاق ، فقد روى عطاء عن ابن عباس أنه قال « ليس طلاق العبد ولا فرقته بشىء وأن طلاق العبد بيد سيده و إن طلقه جاز [٢] » .

وهو أهل لمباشرة التصرفات المفيدة دون إذن ، ويدخل ما كسبه فى ملك سيده ، لأنها تصرفات لا تعقب عوضاً فاشبهت الاصطياد والاحتطاب واشبهت الخلع حيث يصح ذلك من العبد دون إذن السيد ، وتثبت الملكية للأخير . إلا أن الاصطخرى من فقهاء الشافعية يرى أن العبد لا يملك مباشرة هذه التصرفات بدون إذن السيد لعدم رضائه بثبوت الملك . [٤]

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالنكاح والبيع فالرأى السائد لا يجيز للعبد مباشرتها دون إذن ، فإن باشرها وحده فيرى البعض أن التصرف يكون باطلا و يرى البعض الآخر أنه موقوف يصير صحيحاً بالإجازة . و إليك البيان :—

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٩

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣١ .

(٣) المرجع السابق فى الموضع المشار إليه .

(٤) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٤٢ .

النكاح :

يرى الظاهرية أن للعبد أن ينكح بدون إذن سيده شأن نكاحه فى ذلك شأن جميع تصرفاته عندهم . ويرى الشافعية أن نكاحه باطل لأنه لو جاز نكاحه لكان له أن يطأ متى شاء فيرث ضعف البنية فيتضرر السيد بذلك . وهذا حكم كل تصرف يتعلق برقبة العبد [(١)] . ولا يصح العقد ولو أجازه السيد فيما بعد . واستدلوا على ذلك بما روى عن جابر بن عبد الله أنه قال : قال الرسول صلى الله عليه وسلم « ايما عبد نكح بغير إذن سيده فهو عاهر » .

ويرى مالك وأبو حنيفة أن نكاح العبد بدون إذن سيده موقوف على الإجازة ، إن أجازه السيد نفذ وإن لم يجزه بطل [(٢)]

ولقد اختلف الفقهاء فى تحديد عدد الزوجات التى تحل للمملوك . فيرى مالك أن له أن يتزوج بأربع لأن النكاح من خصائص الآدميين فهو والحر فى ذلك سواء . ويرى سائر الأئمة أن حله يقتصر على اثنتين حرتين كانتا أو أمتين ، ذلك أن الرق يؤثر فى تنصيف المعدود كما هو الحال فى الجلد والعدة .

ولقد اختلف الفقهاء فى مسألة أخرى وهى عدد الطلقات التى تسقط حل النكاح ومقدار العدة فى حالة طلاق الحر للأمة أو العبد للحرة .

فيرى البعض أن الطلاق والعدة بالنساء . وعلى ذلك إذا كانت الحرة تحت العبد فطلاقها ثلاث وعدتها ثلاث حيضات ، وإذا كانت الأمة تحت الحر فطلاقها اثنتان وعدتها حيضتان . وبه يقول أبو حنيفة وأصحابه ، واستدلوا علي ذلك بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » .

---

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٤١ .

(٢) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٨٢ . والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٨ .

ويرى البعض الآخر أن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ، و به قال مالك والشافعى. وعلى ذلك إذا طلق الحر الأمة فطلاقها ثلاث وعدتها حيضتان ، و إذا طلق العبد الحرة فطلاقها اثنتان وعدتها ثلاث حيضات . ولقد استدلوا على ذلك بما روى عن عطاء وابن عباس أنهما قالا « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء[١] » .

و يرى البعض الآخر أن الحكم للرق خاصة ، وعلى ذلك فالحر يطلق الأمة تطليقتين وتعتد حيضتين ، والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد حيضتين ، و به قال ابن عمر وعثمان البتى .

ونحن نرى أن رأى أبى حنيفه هو أصح هذه الآراء ، ذلك أن الحديث الشريف صريح فى أن العبرة فى الطلاق والعدة بالنساء[٢] .

البيع :

يرى الحنفية أن العبد غير المأذون ينعقد بيعه موقوفا على اجازة سيده ، ان أجازة نفذ وأن لم يجزه بطل[٣] ، ذلك أن العبد من أهل الالتزام ، إنما حجر عليه من أجل حق سيده .

و يرى الشافعية أن بيع العبد غير المأذون وشراءه باطلان ، لأنه لو صح فاما أن يثبت الملك فى ذمة العبد وهذا غير جائز ، لأن العبد ليس من أهل التملك ، واما أن يثبت فى ذمة السيد بعوض يلزمه أو يلزم العبد ، وكلا الوجهين ممتنع لأنه لو ثبت العوض فى ذمة السيد لكان فى ذلك التزام بدون رضائه ، ولو ثبت

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٣ .

(٢) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٨٢ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ .

العوض فى ذمة العبد لكان فى ذلك حصول أحد العوضين لغير من يلزم وهذا غير جائز [(١)].

ب — العبد المأذون :

يجوز للسيد أن يأذن لعبده فى التجارة وفى إبرام سائر التصرفات من بيع وإجارة ونكاح ... الخ لأنه صحيح العبارة ومنعه من التصرف لحق سيده ، فإذا أذن له ارتفع المانع .

وإذا أذن السيد لعبده بالتجارة . فإما أن يكون الإذن عاماً وأما أن يكون خاصاً .

فإذا كان الإذن عاماً فيصير العبد مأذوناً فى أنواع التجارة كلها بالاتفاق . أما إذا كان الإذن خاصاً ، كأن يقول السيد لعبده اتجر فى البر أو فى الطعام أو فى الرقيق كان مأذوناً فى التجارات كلها عند أبى حنيفة ومالك . ذلك أن الحجر لا يتجزأ،فإذا زال بعضه زال كله [(٢)]. ولقد قال الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى فى كتابه بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع [(٣)] إن « تقييد الإذن بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالا بالمكاتب ، وهذا لأن فائدة الإذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح ، وهذا فى النوعين (التجارة المأذون فيها وغير المأذون فيها) على نمط واحد،وكذا الضرر الذى يلزمه فى العقد عسى لا يتفاوت ،فكان الرضا بالضرر فى أحد النوعين رضا به فى النوع الآخر .فلم يكن التقييد بالنوع مفيداً فيلغو ويبقى الإذن بالتجارة عاماً فيتناول الأنواع كلها ، مع أنه وجد الإذن فى النوع الآخر دلالة لأن الغرض من الإذن

---

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز جـ ٩ ص ١٤٢ .
(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٥٤٥ وشرح الحطاب ج ٥ ص ٦٦ .
(٣) البدائع ج ٧ ص ١٧٢ .

هو حصول الربح ، والنوعان فى احتمال الربح على السواء ، فكان الإذن بأحدهما إذناً بالآخر دلالة » .

ويرى زفر والشافعى وابن حنبل رضى الله عنهم أن العبد يتقيد بنوع التجارة المأذون بها دون غيرها من التجارات[١] ذلك أن الإذن فى نظرهم إنابة وتوكيل ، شأنه شأن الوكالة والإنابة ، قابل للتقييد والتخصيص[٢] . « فالعبد متصرف عن إذن فلا يتعدى تصرفه موردالإذن كالوكيل والمضارب ، ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه »[٣] .

والإذن متى كان صريحاً فلا مجال للخلاف فيه . ولكن إذا رأى السيد عبده يشترى أو يبيع فهل يعتبر سكوته إذناً ؟. اختلف الفقهاء فى هذه المسألة فيرى الحنبليون والحنفيون كالإمام زفر أن سكوت السيد لا يعتبر إذناً[٤] لأن السكوت يحتمل الرضا و يحتمل السخط فلا يصلح دليل الإذن مع الاحتمال، كما أن السكوت لا يعتبر رضا إلا فى مواضع معينة ليس فيها سكوت السيد عند رؤيته عبده يبيع أو يشترى . أما الرأى المختار عند الحنفيين والمالكيين هو أن سكوت السيد يعتبر إذناً لأنه لو لم يكن راضياً لنهى عبده عن التصرف فكان احتمال السخط احتمالا مرجوحاً[٥] . ويرى بعض المالكيين أن سكوت السيد يعتبر إذناً فقط فى التصرف المسكوت عنه ولكن لا يعتبر إذناً عاماً مخرجاً من الحجر[٦] .

---

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ص ١٢٢ . والشرح الكبير بذيل المغنى ج ٤ص٥٣٣ .

(٢) شرح الحطاب ج ٥ ص ٦٦ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٩٢ .

(٤) الهداية ج ٤ ص ٨ . وآداب الأوصياء ج ١ص٢٤٧ . والفتاوى الخانية ج ٣ص٦٩٥ بهامش الهندية . والوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٢٥ .

(٥) البدائع ج ٧ ص ١٩٢ . والبهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥٤، ٢٩٥ .

(٦) شرح المواق على سيدى خليل بهامش الحطاب ج ٥ ص ٦٥ .

٥ — عند الشخص الاعتبارى

عرفنا فيما سبق أن الذمة تثبت للانسان منذ ولادته لحين وفاته . وهى خاصة من خواص الإنسان ترجع إلى تركبه من بدن ونفس ناطقة وإلى ما أودعه الله فيه من قوى ومشاعر تجعله صالحاً للالزام والالتزام . وهى لا تثبت لغير بنى الإنسان لانعدام تلك الخصوصية . وماورد فى بعض الكتب الشرعية من جواز الوصية للدابة لعلفها أو الانفاق عليها . ليس معناه أن للحيوان حقوقاً ، و بالتالى أهلية لأن الوصية هنا هى فى الحقيقة وصية لمالك الحيوان ، إذ أن مؤونته عليه فكأنه هو المقصود بالوصية . لذلك يستطيع أن ينفق ما أوصى به فى أى شأن آخر من شئونه ، هذا عند الحنفية [١] . أما الشافعية فيقيدون المالك بما اشترط فى الوصية وفى ذلك يقول الرملى [٢] « ولا يصح الوقف على بهيمة لاستحالة تمليكها . وقيل يصح ويكون وقفاً على مالكها . وهذا ظاهر لما قيل من أن الوقف كالوصية يستقى أحكامه منها فيكون حكم الوقف بها كحكم الوصية لها » .

أما الجهات كالأوقاف وبيت المال والمستشفيات ، فقد صرح الفقهاء بألاذمة لها . فجاء فى تنقيح الحامدية [٣] . « المصرح به أن الوقف لاذمة له وان الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف إذ لا ذمة له » ولا يثبت الدين إلا على القيم ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع ومثل الوقف بيت المال وما فى حكمه . [٤]

---

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار ج ٥ ص ٤٦٩ .

(٢) نهاية المحتاج ، الرملى ، ج ٥ ص ٣٦١ .

(٣) تنقيح الحامدية ج ١ ص ٢٢٣ .

(٤) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٦٦ .

وبالرغم من أن الفقهاء يؤكدون أن هذه الجهات لا ذمة لها ، نجدهم فى نفس الوقت يرتبون لها أحكاما تفيد أن لها حقوقا وعليها واجبات ، يطالب بها من له الولاية عليها ، مما يجعلها أهلا للالزام والالتزام .

ففى الوقف إذا استدان الناظر مبلغاً من المال لتعمير أعيانه أو إذا اشترى له شيئاً نسيئة فإن الدين يثبت فى ذمة الوقف دون الناظر ، فلو عزل لا يطالب بالدين، وإنما يطالب به الناظر الجديد باعتباره ممثلا للوقف المدين . ولقد ورد هذا المعنى فى تنقيح الحامدية[1] ، فنص على أنه « إذا كان للمسجد وقف فأذن لحصرى أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف ففعل ،وعزل الناظر ثم تولى ناظر آخر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً، فهل يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ، لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول ؟ الجواب ، يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصرى ودفعه له من ريع الوقف ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل » .

وقرروا كذلك أن موت الناظر لا يسقط الاجارة الصادرة منه ، ومفهوم ذلك أن المؤجر الحقيقى هو الوقف وما الناظر إلا نائب عنه . ولو كان الأمر غير ذلك ، لسقطت الاجارة بموت الناظر وفقاً للقواعد العامة التى تقضى بانقضاء عقد الاجارة بوفاة أحد طرفيه .

وإذا لم يدفع المستأجر الأجرة فإنه يكون مديناً لجهة الوقف دون الناظر ودون المستحقين. ويترتب على كونه غير مدين للناظر أن الأخير لا يستطيع مطالبته فى حالة عزله ،كما لا يستطيع ورثته ذلك فى حال وفاته . ويترتب على كونه غير مدين للمستحقين أنهم لا يستطيعون مطالبته ، إنما الذى يطالبه هو الناظر باعتباره ممثلا للوقف الدائن[2] .

---

(١) تنقيح الحامدية ج ١ ص ٢٢٣ .

(٢) راجع على الخفيف ،الحق والذمة،ص ٩٨ .

ومثل الوقف غيره من الجهات كبيت المال، فإنه يتملك بالميراث التركات التى لا وارث لها ولا مستحق لها بالوصية،و يلتزم بيت المال بالنفقة على الفقراء واعطاء أجور القضاة والموالين وأعوانهم . . . الخ . كما أن له حقوقا تتمثل فيما يحصله من ضرائب وزكاة . كل هذا يثبت أن لبيت المال ذمة تجعله أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

ولقد ورد فى كتب الشافعية والمالكية عبارات صريحة تفيد أن للوقف والمسجد و بيت المال وغير ذلك من الجهات ملكا كالأشخاص تماما ، وقالوا إنه ملك حكمى لا ملك حقيقى . من ذلك ما جاء فى أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى[1] من أنه « ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف فى عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه فى تلك الأرض ،فللقيم على المسجد أن يشفع و يأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى مصلحة فى ذلك . كما لو كان لبيت المال شريك فى أرض فباع شريكه نصيبه فيها ، فللامام الأخذ بالشفعة إن رأى مصلحة ».

كما جاء أيضاً فى بعض الكتب عبارات صريحة يستفاد منها أن بعض الجهات أهل لاكتساب الحقوق،مثل ذلك ما ورد فى نهاية المحتاج من أن المسجد فى منزلة حر يملك[2] .

---

(١) أسنى المطالب على شرح روض الطالب ، ج ٣ ص ٣٦٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٦ .

الباب الثاني

أهلية الأداء

الفصل الأول

ماهيتها

تعريف :

يعرف فقهاء الأصول أهلية الأداء بأنها صلاحية المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا [1].

ويقصر البعض الأهلية على صلاحية المكلف لصدور التصرف القولى . لذلك يقولون إنها شرط لصحة التصرفات القولية دون الفعلية [2].

بينما يرى البعض الآخر أنها تشمل الأفعال والأقوال بحيث إذا صدر من المكلف عقد أو تصرف ترتبت عليه آثاره ، وإذا صلى أو حج اعتبر فعله مسقطا للواجب ، وإذا ارتكب جناية على غيره أقيم عليه الحد والتزم بالتعويض [3].

وهذا الخلاف له نظير بين فقهاء القانون الوضعى .

فيرى معظمهم أن أهلية الأداء مقصورة على الأعمال القانونية وحدها ، لذلك يعرفونها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة أعماله القانونية على وجه يعتد به شرعا [4].

بينما يرى البعض أن الأهلية تشمل الأعمال القانونية والأعمال المادية . لذلك

---

(١) شرح المنار لابن ملك ص ٣٣٣ — ٣٣٥ ، وأحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٤ .

(٢) أبو زهرة . الملكية ونظرية العقد ص ٢٧١ .

(٣) خلاف . أصول الفقه ص ١٥٥ .

(٤) الموجز للسنهورى ص ٨١ . وسليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٣٨٥ .

يعرفونها بأنها « صفة تلحق الشخص فتصبح أعماله منتجة لآثارها القانونية »[1] . وبذلك تكون الأهلية فى نظرهم هى المسئولية .

ولكننا نرى أن هذا القول الأخير محل نظر . ولتفصيل ذلك نقول إن الحقوق والالتزامات إما أن تنشأ بحكم القانون أو بتصرف إرادى من الشخص . والأولى إما أن تنشأ بحكم القانون مباشرة كالإرث ، فبالوفاة يكتسب المورث بقوة القانون أموال مورثه . وإما أن تنشأ عن القانون بطريق غير مباشر أى بعمل مادى يصدر من الإنسان كالعمل الضار والعمل النافع . وهذا العمل قد يريده الإنسان وقد لا يريده ، وقد يريد آثاره وقد لا يريدها . مجمل القول أن هذه الآثار نتيجة رتبها القانون على حدوث أمر معين ، هو ذلك العمل المادى . وما دامت هذه الآثار تترتب على العمل المادى بقوة القانون فلا مجال للبحث عن أهلية الشخص لأداء هذا العمل .

تمييز الأهلية عن المسئولية :

الأهلية صفة لاصقة بالشخص ، ينظر فيها لصلاحية الشخص للقيام بالعمل ، ولو قبل وقوعه . فنقول إنه أهل للبيع أو الإيجار ، بمعنى أن عبارته صالحة لأن تنشئ هذا التصرف ، فإذا باشره ترتبت عليه آثاره .

أما المسئولية فلا محل للبحث عن توفرها فى الشخص أو عدم توفرها إلا إذا وقع منه العمل فعلا سواء كان مادياً أو قانونياً . لذلك لا نقول إن شخصاً ما أهل للقيام بالعمل المادى كإيذاء الغير ، بل نقول إنه مسئول إذا وقع منه هذا العمل وتوفرت شروط المسئولية .

من أجل هذا قصرنا الأهلية على صلاحية الشخص لصدور التصرف القولى منه وأخرجنا من نطاقها الأعمال المادية . يدل على ذلك أيضاً أن الجزاء فى حالة انعدام الأهلية هو بطلان العمل الصادر من عديم الأهلية ، والبطلان لا يمكن أن يلحق إلا التصرف القولى دون العمل المادى ، لأن الفعل إذا وقع لا يمكن رده .

---

(١) شفيق شحاته . النظرية العامة للحق ص ٧٠ .

ولا تلازم بين الأهلية والمسئولية . فقد يكون الشخص عديم الأهلية ومع ذلك يسأل عن أعماله الضارة .

ففى الشريعة الإسلامية يسأل عديمو الأهلية عن الأضرار التى يباشرونها[١] . ففى أحوال المباشرة إذا ارتكب القاصرون جناية على النفس ، وإن لم يجب عليهم القصاص ، وجبت الدية على عاقلتهم أو فى مالهم[٢] . ولو أتلفوا أموال غيرهم مباشرة فإنهم يضمنون الضرر الذى يباشرونه ، ولا يكون وليهم مسئولا[٣] . وقد جاء فى جامع أحكام الصغار[٤] « وفى فوائد أبى حفص ، صبى بال على السطح فخرج البول من الميزاب وأصاب ثوب رجل فأفسده، يغرم الصبى فى ماله ، فإن لم يكن له مال يكون ديناً عليه يؤخذ به إذا أيسر . وفى النوازل لو رمى صبى سهما فأصاب عين امرأة لا ضمان على والده، وإنما يجب فى ماله ، وإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة » .

ولقد أخذت بهذا الحكم مجلة الأحكام العدلية فى فصل مباشرة الإتلاف فنصت المادة ١٦ منها على أنه « إذا أتلف صبى مال غيره فيلزم بالضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسره ، ولا يضمن وليه » .

ولقد قاست المجلة ضمان المعتوه والمجنون على ضمان الصبى فنصت فى المادة ٩٦ على أن الصغير والمعتوه والمجنون محجورون لذاتهم وأنهم « وإن لم يعتبر تصرفهم

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٧٠ ، ١٧٣ . والبدائع ج ٧ ص ١٦٨ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٢٩ . والمبسوط ج ٢٦ ص ٦٦ و ج ٢٧ ص ١٢٥ . قال الشافعى « لا يعقل صبى ولا امرأة لأن حمل الدية على سبيل النصرة بدلا عما كان فى الجاهلية من النصرة بالسيف . ولا نصرة فى الصبى والمعتوه والمرأة » . المهذب فى الوضع المشار اليه .

(٤) جامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١٥٧ .

القولى لـكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم . مثلا يلزم الضمان على الصبى إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز » .

وهـــذا القياس مقبول عند جمهور الفقهاء وإنما تردد فيه جماعة من المالـكيين[١] .

ولقد فرقت الشريعة الإسلامية فى مسئولية غير المميز بين أحوال المباشرة وأحوال التسبب . ففى أحوال المباشرة تقوم المسئولية كما بينا . أما فى أحوال التسبب فلا يسأل الفاعل إلا إذا كان مميزاً عملا بقاعدة « المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » . ولا يمكن تصور العمد من عديم التمييز . ولقد ورد فى كتب الفقه كثير من الأمثلة تؤيد عدم مسئولية غير المميز فى حالة الإتلاف تسبباً . مثل ذلك ما جاء فى المبسوط[٢] من أنه « لو سار الصبى على الدابة فوطأ إنساناً فقتله . فإن كان هو ممن يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبى . وإن كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدم القتيل هدر » . ومعنى ذلك أن الضمان لا يجب على الصبى فى حالة ما إذا كان لا يستمسك عادة على الدابة ، أى لا يملك التمييز اللازم لذلك ، ومن ثم لا يتوفر بالنسبة له التعمد الذى يشترط فى الضرر الذى حصل تسبباً .

أما القانون المدنى المصرى فقد استلزم لمسئولية الشخص عن أعماله غير المشروعة أن يكون بالأقل مميزاً . ومن ثم فإن الصبى المميز ولو أنه ناقص الأهلية فإنه يسأل مسئولية تامة عن الأضرار التى تصيب الغير نتيجة لخطئه .

---

(١) موطأ مالك بشرح السيوطى ج ٢ ص ١٨٩ . والابهاج للسبكى فى شرح المنهاج للبيضاوى (بذيل نهاية السول للاسنوى ج ١ ص ١٠٠) . وشرح الحطاب على سيدى خليل ج ٥ ص ٢٧٨ .

(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٧ .

وقد أخذ المشرع المصرى بنظرية الخطأ فى المسئولية ، مسايراً بذلك معظم التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسى (المادتان ١٣٨٢ ، ١٣٨٣) والقانون المدنى الألمانى (مادة ٨٢٣) والتقنين النمساوى (مادة ١٢٩٧). ومقتضى هذه النظرية أن الشخص لا يسأل عن أعماله إلا إذا كان مخطئاً . ولما كان الخطأ هو الإخلال بالالتزام العام الذى يفرضه القانون على الناس باتخاذ الحيطة لعدم الإضرار بالغير ، والمشرع لا يتوجه بالخطاب إلا إلى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره ، فإنه لا يمكن تصور صدور الخطأ من عديم التمييز لأنه لا خطأ دون التزام سابق ، ولا التزام دون تمييز [1] .

ولقد أجاز القانون المصرى مسئولية عديم التمييز فى أحوال خاصة ، إذا لم يوجد من هو مسئول عنه أو إذا تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته و إما لإعساره (مادة ١٦٤ / ٢)[2] .

كما أن المحجور عليه لعته أو جنون ، و إن اعتبر فى القانون المصرى عديم الأهلية طول فترة الحجر ، إلا أنه يسأل عن أعماله فى هذه الفترة إذا صدرت منه فى حالة الإفاقة .

ولم تأخذ الشريعة الإسلامية بنظرية الخطأ فى المسئولية إلا فى أحوال التسبب دون أحوال المباشرة . لذلك جاء فى مجلة الأحكام العدلية (مادة ٩٢، ٩٣) أن « المباشر ضامن و إن لم يتعمد (يخطىء) والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » . ولقد ورد هذا المعنى أيضاً فى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم [3] إذ قال : « المباشر ضامن و إن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

---

(١) سليمان مرقص ، بحث فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ص ١٠ .

(٢) يلاحظ أن هذه المسئولية لا تقوم على أساس الخطأ . وهى مسئولية جوازية أى يجوز للقاضى أن يحكم بها أو لا يحكم بها . وله أن يرفض الحكم بالتعويض إذا كان عديم التمييز غير قادر على أدائه ، ويجوز له عند الاقتدار انقاص التعويض حتى يكون فى حدود سعته . (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٥٨) .

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ . الجامع وشرحه المنافع ص ٣٣١ . ومجمع الضمانات ص ١٤٦ .

واشتراط الشريعة الخطأ فى أحوال التسبب دون المباشرة راجع إلى أن المباشرة متصلة بالفعل ، دون فاصل ولا شبهة ، فهى وحدها كافيـــة للضمان . أما التسبب فهو بعيد الصلة عن الفعل ، لذلك وجب التعمد (الخطأ) لتقويته وتقريبه من الفعل بصورة ملموسة .

تمييز الأهلية عن الولاية :

الأهلية هى صلاحية الشخص لمباشرة شئونه . أما الولاية فهى صلاحية الشخص لمباشرة شئون غيره . وعرفها الحموى بأنها « نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى » .

والولاية نوعان : عامة وخاصة . والولاية العامة هى ولاية الإمام أو القاضى الذى ينتدبه ، وبموجبها يتصرف على الرعية بما فيه مصلحتهم. أما الولاية الخاصة فهى التى يتولاها أحد أفراد الرعية على شخص معين أو لأمر معين .

وقد تثبت الولاية بحكم الشرع كولاية الأب أو الجد على الصغير وكولاية الوصى المختار من قبل الأب أو وصيه وكولاية الوصى المنصوب من القاضى .

وقد تثبت الولاية بالاتفاق كولاية الوكيل على العقد بتوكيل صاحب الشأن . وهذه الولاية لا تثبت إلا إذا كان الموكل أهلا للقيام بالتصرف الذى وكل فيه ، إذ القاعدة أن فاقد الشىء لا يعطيه لغيره .

هذا الاختلاف بين نظامى الأهلية والولاية يظهر فيما يلى .

١ — الأهلية هى الأصل . فالأصل أن كل إنسان يتمتع بأهلية كاملة وأن انتفاءها أمر استثنائى لا يثبت إلا بحكم الشرع . أما ولاية الإنسان على غيره فليست أمراً أصلياً بل هى أمر استثنائى يثبت بحكم الشرع فى حالات معينة كما فى حالة العاجزين عن رعاية أنفسهم وإدارة شئونهم ، وقد تثبت بالاتفاق كما فى ولاية الوكيل .

٢ — قد يستطيع الشخص أن يباشر لحساب غيره حقوقاً لا يستطيع أن

يباشرها لنفسه . فالصبي المميز ، عند الحنفية ، يمكن أن يكون وكيلا عن غيره في إبرام عقود لا يستطيع أن يبرمها لنفسه ، كالنكاح والهبة . ذلك أن عبارته صالحة لإنشاء العقود وإنما حجر عليه للمحافظة على أمواله بسبب عجزه عن إدارتها . ولما كانت آثار التصرف الذي أبرمه لن تنصرف إليه إنما تلحق موكله ، لذلك لا يلزم أن يكون كامل الأهلية ، بل يكفي فقط أن تكون لديه إرادة كافية لانعقاد العقد . أما الشافعية فيرون أن كل من لم يستطع مباشرة عقد لنفسه لا يستطيع أن يباشره لغيره .

الفصل الثاني

مناط الأهلية

أهلية الأداء مناطها التميز بالعقل . فيستطيع الإنسان أن ينشىء بعبارته حقاً له أو عليه . وصلاحية الإنسان لأن تنتج عبارته آثارها لا تتوفر إلا إذا كان من صدرت منه العبارة فاهما لمعناها قاصداً آثارها الشرعية . فيفهم أن البيع سالب للملك والشراء موجب . ومن فقد التميز لا يتم له هذا القصد فى عبارته .

ولما كان العقل أمراً خفياً ، لا يمكن إدراكه بالحس الظاهر ، أقيم البلوغ وهو أمر ظاهر مقام العقل ، طبقاً للقاعدة الكلية التى تقضى بربط الأحكام بعللها لا بحكمها . ولقد وردهذا المعنى فى التقرير [1] والتحبير ، إذ جاء فيه « ولا يناط التكاليف بكل قدر فأنيط بالبلوغ ، أى بلوغ الآدمى حال كونه عاقلا . ويعرف كونه عاقلا بالصادر عنه من الأقوال والأفعال ، فإن كانت على سنن واحدة كان معتدل العقل ، وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل . إلا أن الشرع أقام اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلاعته مقام كمال العقل فى توجه الخطاب تيسيراً على العباد ، ثم صار صفة الكمال الذى يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار ، كما سقط توهم بقاء النقصان بعد هذا الحد . كما عرف من أن السبب الظاهر إذا أقيم مقام الباطن يدور الحكم معه وجوداً وعدماً » .

وقد يصل الإنسان إلى حد البلوغ ومع ذلك يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها إذا قام الدليل على انعدام عقله أو نقصانه أو كان فى تصرفاته ما يدل على نقصان

---

(١) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٦٤ .

تدبيره المالى . والأول هو المجنون ، والثانى هو المعتوه المميز ، والثالث هو السفيه ويلحق به ذو الغفلة .

والبلوغ هنا لم يصلح علة لثبوت الأهلية الكاملة لأن من شروط العلة أن تكون أمراً مناسباً لتحقيق حكمة الحكم . فإذا قام الدليل على انتفاء هذه الحكمة فقد الأمر صفة العلية .

وقد رأينا أن نخصص بحثاً مستقلا نتكلم فيه عن كل من البلوغ والعقل والرشد ، وهى الدعامات الثلاث التى تقوم عليها الأهلية .

المبحث الأول

البـــلوغ

إذا بلغ الإنسان سن التمييز أصبح قادراً على القيام ببعض التصرفات بما حصل له من نمو فى عقله وقوة فى بدنه[1] ، لذلك تعتبر أهليته قاصرة . فإذا بلغ دوراً يفترض فيه أنه قد استكمل عقله اعتبر ذا أهلية كاملة ، وهذا الدور هو البلوغ .

وفى الشرائع القديمة كان البلوغ الشرعى يتم بالبلوغ الطبيعى .

ففى القانون الرومانى القديم كان القاصر يعتبر كامل الأهلية بمجرد بلوغه الطبيعى . ولـكن استبان فيما بعد أن ذلك أوجد حرجاً ومشقة ، فلذلك حدد البلوغ فيما بعد بسن معينة هى تمام الرابعة عشر للفتى والثانية عشر للفتاة[2] .

وفى الشريعة الإسلامية كان البلوغ القانونى مرادفاً للبلوغ الطبيعى . إلا أن الفقهاء اختلفوا فى العلامات الدالة على البلوغ . فذهب جمهورهم إلى أن هناك علامات مشتركة بين الرجل والمرأة تدل على بلوغهما وهى الاحتلام والسن، وعلامات تستقل بها المرأة وهى الحيض والحبل . وبهذا أخـــذت المجلة (المادة ٩٨٥) .

أما معرفة البلوغ بالاحتلام فلقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاثة ،فيها الصبى حتى يحتلم[3] . فدل ذلك على أن البلوغ يثبت بالاحتلام ، ولأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ،وذلك بـكمال القدرة والقوة وإمكان استعمال سائر الجوارح السليمة ، وذلك لا يتحقق على الـكمال إلا عند الإحتلام .

---

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ،ص ٤ .

(٢) يوستنياس (الأحكام ٢١ ، ٢٢) .

(٣) نص الحديث هو « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم » . روى فى سنن أبى داوود ج ٤ رقم ٤٤٠١ .وفى الجامع الصغير للسيوطى ج ١ رقم ٤٤٦٣ .

ويرى معظم الحنفيين جواز اثبات البلوغ بانبات الشعر ، خلافا للأئمة أبى يوسف ومالك والشافعى وابن حنبل[(١)] .

فإن لم يوجد شىء من هذه العلامات فيتحقق البلوغ بالسن . ولكن داود الظاهرى خالف الفقهاء فى ذلك وقال لاحد للبلوغ من السن لأن ذلك يخالف الحديث الشريف الذى يقرر رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم .

ولقد اختلف علماء الشريعة فى تحديد السن التى يتم بها البلوغ . فقال أبو حنيفة سن البلوغ ثمانى عشرة للفتى وسبع عشرة للفتاة . وقد حددها أبو يوسف ومحمد والشافعى وابن حنبل بخمس عشرة سنة للفتى وللفتاة جميعاً . ودليلهم مارواه البخارى فى صحيحه والترمذى فى سننه والشافعى فى مسنده عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه ، ثم عرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه[(٢)] .

وقال الإمام مالك[(٣)] يتم البلوغ عندما يبلغ الصبى من السن ما يعلم أن مثله قد بلغ . وقال أصحابه أقوالا مختلفة أشهرها أن سن البلوغ ثمانى عشرة سنة .

ولقد أخذت المجلة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء فاعتبرت سن البلوغ خمس عشرة سنة فى حالة عدم ظهور علامات (المادتان ٩٨٦ ، ٩٨٧) .

وهذه السن هى التى عليها الفتوى عندنا فى مصر ، وبها تتقيد المحاكم الشرعية .

---

(١) المختار وشرحه الاختيار للموصلى ج ١ ص ٢٦٦ . وجامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩ . والمغنى ج ٤ ص ٥١٣ . وفتح العزيز ج ١٠ ص ٢٢٧ . والخرشى ج ٤ ص ٢١١ . والمهذب ج ١ ص ٣٣١ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٧٢ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٢٧ . وجامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩ . ومسند الشافعى بهامش الأم ج ٦ ص ٢٥١ . والمغنى ج ٤ ص ٥١٤ . والتبيين للزيلعى ج ٥ ص ٢٠٣ . تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤ ص ٤٥٨ .

(٣) شرح الحطاب ج ٥ ص ٥٩ .

وقد قضى عندنا بأن « بلوغ الرشد وهو قدرة الشخص على إدارة أمواله إدارة حسنه لا يمكن أن يكتسب إلا بالبلوغ وهو إذا لم تتحقق علاماته يكون فى سن الخامسة عشر [١] » .

وقضى أيضاً بأن « المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالشئون الماليه لم تتغير بما جاء فى قانون المجالس الحسبية لأنها مقيدة بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ولأنه لا يوجد نص صريح فى قوانين المحاكم الشرعية يلزمها بالسير على منهج آخر غير ما هو وارد فى قوانينها . فمن بلغ سن الرشد الشرعى المفتى به وهو خمسة عشر سنة وهو المعمول به أمام المحاكم الشرعية صحت تصرفاته فيما هو محظور عليه بقانون المجالس الحسبية كأن يكون ناظر وقف [٢] »

ولقد اشترط الفقهاء الأحناف لسماع دعوى البلوغ سنا لا تسمع قبلها الدعوى وسموها سن المراهقة وحددوها بالثانية عشرة للغلام و بالتاسعة للفتاة (مادة ٩٨٦ من العجلة) . فإذا ادعى الصغير البلوغ قبل هذه السن فلا يصدق فى دعواه ولكن يصدق إذا كان ادعاؤه بعد إدراك هذه السن وكان ظاهر حاله يتحمل هذا الإدعاء [٣] .

ويستتبع الكلام عن البلوغ بحث الأدوار المختلفة التى يمر بها الصغير حتى يبلغ .

١ — الصبى غير المميز

بينا فيما سبق أن الإنسان بعد ولادته تثبت له أهلية وجوب كاملة ولكن لضعف بنيته وقصور عقله عن فهم الخطاب فى أول أدوار الحياة لم يكلفه الشارع

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة ٢١ مارس سنة ١٨٩٤ . مجلة التشريع والقضاء المختلطة السنة السادسة ص ٢١٣ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الأهليه — مستعجل — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ رقم ٤١٠ — ص ١٠٠١ — سنة ٢٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦٨ .

أداء شيء بنفسه . لذلك لا تجب عليه التكاليف العباديه أو الاعتقادية لأن المقصود من هذه الأمور الابتلاء ليظهر المطيع من العاصى ، والصغر ينافيها ، إذ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وكذلك لا يقام عليه الحد إذا ارتكب ما يوجب ذلك ؛ لأن الصغير فى هذه المرحلة ليس من أهل الجزاء البدنى . كما تهدر أقواله وإقراراته ، فلا يصح أى تصرف يصدر منه[1] حتى ولو كان نافعاً له نفعاً محضاً إنما يقوم وليه أو وصيه بمباشرة هذه التصرفات نيابة عنه . لذا جاء فى المجلة أنه « لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية و إن أذن له وليه » (مادة ٩٦٦). كما نصت المادة ١١٠ من القانون المدنى المصرى على أنه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » . وسبب بطلان تصرفاته يرجع لانعدام أهليته تبعاً لانعدام عقله وتمييزه ، ومن ثم يفقد التصرف ركنه الأساسى وهو الرضا الحقيقى .

وليس للتمييز فى الشريعة الإسلامية سن معينة وقد عرف الحنفيون المميز بأنه « الذى يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له و يعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة »[2] . وعرف البعض المميز بأنه « الذى يفهم الخطاب و يرد الجواب ، ولا ينضبط بسن ، بل يختلف باختلاف الأفهام ونحوه »[3] .

ولم تحدد المجلة سناً معينة للتمييز و يتضح ذلك من نص المادة ٩٤٣ منها إذ قررت أن « الصغير غير المميز هو الذى لا يفهم البيع والشراء أى لا يعلم كون

---

(١) يصح تصرف الصغير غير المميز فى اليسير من ماله لما روى أن أبا الدرداء اشترى من صبى عصفوراً فأرسله ، ولأن الحكمة من الحجرهى الخوف من ضياع المال ،وهذا منتف فى اليسير (كشاف القناع ج ٢ ص ٧ والحريرى ح ٢ ص ٢٠٩ بالهامش) .

(٢) شرح الزيلعى على الكنز ، ج ٥ ص ١٩١ .

(٣) شرح الخرشى على سيدي خليل ، ج ٥ ص ١٩١ .

البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، ولا يميز الغبن الفاحش ، مثل أن يغبن في العشرة بخمسة ، من الغبن اليسير . والطفل الذى يميز هذه المذكورات يقال له صبى مميز » .

ولم يحدد القانون الفرنسى سناً معينة للتمييز ، لذلك يقوم القاضى بتقدير هذه السن تبعاً لظروف كل قضية على حدة . وهذا هو نفس الحكم الذى اتبعه القانون السويسرى (مادة ١٦ و ١٩) .

ولكن بعض القوانين حددت للتميز سن سبع سنين كالقانون المدنى المصرى (مادة ٤٥ / ١) والقانون المدنى الألمانى (مادة ١٠٤ ، ١٠٦) . وهذه السن هى أيضاً سن التمييز فى أمور الصلاة عند المسلمين[١] .

ولما كان الصغير عاجزاً عن أداء حقوقه والتزاماته بنفسه فإن وليه يقوم بمباشرة هذه الحقوق والالتزامات نيابة عنه . وولى الصغير فى المال عند مالك هو الأب ثم وصيه ثم القاضى[٢] . وعند الشافعى هو الأب أو الجد أو الوصى المختار من جهتهما عند عدمهما ، وعند عدم الوصى تكون الولاية للقاضى أو لمن يعينه القاضى[٣] . أما عند الحنفية فالرأى الراجح يقضى بتقديم وصى الأب أو وصى وصيه على الجد .

والولايه فى النفس عند الحنفيين تثبت للعصبات على حسب ترتيبهم فى الإرث ثم للأم ثم لذوى الأرحام . ولن ندخل فى تفاصيل سلطة الأوصياء لأن ذلك خارج عن موضوع بحثنا .

خلاصة ماتقدم هى أن الصغير المميز عديم أهلية الإداء لانعدام عقله وتميزه ، ولكن تثبت له أهلية الوجوب كاملة فى الحقوق المالية سواء كانت حقوقاً للرب

---

(١) المستصفى ج ١ ص ٥٤ .
(٢) شرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٧ .
(٣) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٩١ .

أو العبد ، لثبوت الذمة له . ويترتب على ذلك ثبوت الحقوق والالتزامات الآتية فى ذمته .

١ — الواجبات المالية التى فيها معنى المئونة ؛ كالضرائب العشرية والخراجية سواء كان المفروض على الأرض العشرية العشر أو نصف العشر ، وسواء كان الخراج خراج وظيفة أو خراج مقاسمة . فهذه الضرائب فيها معنى المئونة لأن المقصود منها حفظ الأرض فى أيدى أهليها مستثمرة غير معتدى عليها ، فتصرف فى المصالح العامة كاقامة الجسور والقناطر والدفاع عن البلاد ومعونة الفقراء .

وهناك واجبات مالية اختلف الفقهاء فى بيان طبيعتها هل هى عبادة أم مئونة . فصدقة الفطر غلَّب فيها معظم الفقهاء معنى المئونة على العبادة ، لذلك قالوا إنها تجب على الصغير ، ومن هؤلاء الفقهاء أبو حنيفة وأبو يوسف . وغلَّب فيها البعض صفة العبادة على المئونة ، لذلك لم يوجبها على فاقد الأهلية لأن العبادات لا تجب عليه . ولا يجوز أن يقوم الولى بأدائها عنه لأن العبادات لا تجرى فيها النيابة . وبهذا قال محمد وزفر [١] .

وكذلك زكاة الفطر أوجبها الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل فى أموال فاقدى الأهلية وناقصيها ترجيحاً لجانب المئونة . واستدلوا على ذلك بما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ابتغوا فى أموال اليتامى خيراً كيلا تأكلها الصدقة » ، وفى رواية « كيلا تأكلها الزكوة » ، وفى رواية « من ولى مال اليتيم فليؤد زكوته » .

أما أبو حنيفة وأصحابه فلم يوجبوها فى مال فاقدى الأهلية ترجيحاً لجانب العبادة ، وشككوا فى الحديث الذى استند إليه الجمهور . واستدلوا على قولهم بما روى عن الحسن « أنه حكى إجماع السلف فى أن لا زكوة على الصبى » [٢] .

---

(١) كشف الأسرار ، ج ٤ ص ٢٤٢ .
(٢) المرجع المذكور عاليه فى الموضع المشار إليه .

٣ — الأعواض ، الصبى أهل لوجوب الأعواض لأن حكم العوض وهو الأداء يحتمل النيابة ، إذ المال هو المقصود ، لذلك يثبت فى ذمة الصغير ثمن مايشتريه له وليه أو وصيه ويقوم الولى أو الوصى بأداء الثمن .

٤ — التعويض المدنى أو الغرم المالى كضمان المتلفات التى يتلفها الصبى بفعله . فعذر الصبا لا يرفع مسئولية التعويض المالى عملا بقاعدة « الأعذار الشرعية لا تنافى عصمة المحل » . وعلى ذلك يجب فى ذمة الصبى التعويض عن الأضرار التى يحدثها لغيره ، على نحو مابيناه سابقاً .

٥ — الصلة التى تشبه الأعواض كنفقة الزوجة ؛ فهى مقابل الاحتباس وعوضه[1] .

٦ — الصلة التى تشبه المئونة كنفقة الأقارب ؛ يقضى واجب التضامن فى الأسرة الواحدة بأن ينفق غنيها على فقيرها وفقاً لنظام النفقات حتى ولو كان الغنى صغيراً . ذلك أن الشارع الإسلامى اعتبر نفقته على أقاربه الفقراء بمثابة نفقته على نفسه[2] .

٢ — الصبى المميز

إذا اشتد الصغير وأصاب نوعاً من التمييز بما حصل له من نمو فى عقله وجسمه ثبتت له أهلية قاصرة بالنسبة للتصرفات القولية ، فيمكنه أن يباشر بعضها دون البعض الآخر .

ولقد قسم فقهاء الحنفية التصرفات بالنسبة للصبى المميز ثلاثة أقسام :

أولا : التصرفات النافعة نفعاً محضاً : يصح أن يباشر الصبى المميز وحده

---

(١) يرى الشافعى أن نفقة الزوجة تجب صلة مستحقة بالعقد وثمرة من ثمراته ثم يلزم الزوجة الاحتباس جزاء على النفقة . (كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٤١) .

(٢) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ١٠ .

التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهدية ، كما يصح أن يكون وكيلا عن غيره فى مباشرة تصرفات لا يستطيع أن يباشرها لنفسه . وفى ذلك تمرين له على أمور التجارة والمعاملات ، ولا ضرر عليه ، لأنه لن يلتزم بالعقود التى يبرمها ، إنما يجب الالتزام فى ذمة موكله .

ثانياً : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ؛ كالبيع والإجارة والنكاح . هذه التصرفات قد تتمحض عن منفعة للصغير وقد تتمحض عن ضرر . والعبرة بأصل التصرف فى ذاته ؛ فالبيع يعتبر دائراً بين النفع والضرر حتى ولو ترتب عليه ربح للصغير .

والرأى الراجح أن هذه التصرفات تنعقد من الصغير صحيحة إذا أذن له وليه فى إبرامها لقوله تعالى «وابتلوا اليتامى» أى اختبروهم؛ والاختبار يتحقق بتفويضهم فى البيع والشراء وما شابههما . وبهذا قال أحمد وأبو ثور والثورى وأبو حنيفة واسحق [١] . وروى عن أبى حنيفة أيضاً أنه يجوز للصبى المميز أن يباشر هذه التصرفات دون إذن وإنما تكون موقوفة على إجازة وليه ، إن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت . ذلك أن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء [٢] . وهذا هو قول مالك أيضاً .

أما الشافعى فقال بعدم صحة هذه التصرفات أصلا ولو أذن بها الولى ، لأنه يعتبر جميع العقود الموقوفة باطلة . وكل منفعة عنده أمكن تحصيلها بمعرفة الولى لا يمكن للصبى مباشرتها ، وكل منفعة لا يمكن تحصيلها بمعرفة الولى يمكن للصبى مباشرتها . وعلى ذلك لا يصح البيع والشراء من الصغير لأن الولى يستطيع القيام بهما ، ولكن تصح وصية الصبى المميز عنده لأن الولى لا يقدر على مباشرتها عنه [١] .

ولكن هل يجوز للولى أن يأذن أو يجيز التصرف إذا لم يكن فيه مصلحة للصغير ؟

---

(١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٦ .

(٢) المبسوط جـ ٢٤ ص ١٨٢ . والفتاوى الهندية جـ ٥ ص ١٢٣ .

يرى أحمد لجواز الإذن أن يكون فى التصرف مصلحة للصغير . فإذا لم يكن فى التصرف مصلحة فلا يجوز الإذن ، لأن الولى ممنوع من ذلك . وبهذا أيضاً قال أبو يوسف ومحمد ، فقررا أنه لا يجوز للولى أن يأذن للصبى بالبيع بغبن فاحش ، لأن التصرف فى هذه الحالة بمثابة هبة ، وهو غير جائز من الولى ، لذلك لا يجوز أن يأذن فيه . أما أبو حنيفة فقرر صحة إجازة الولى للصبى بالتصرف بالغبن الفاحش لأنه بالإجازة أصبح كالبالغ . ورد على صاحبيه « بأن التصرف بالغبن الفاحش تجارة ومبادلة مال بمال فيدخل تحت الإذن ، بخلاف الهبة فليست بتجارة ؛ والعقد بالغبن الفاحش من صنيع التجارة لأنه قد يقصد بذلك استجلاب قلوب المجاهزين لتحصيل مقصودهم من الربح فى تصرفات أخرى بعد ذلك ؛ فكان هذا والغبن اليسير سواء »[1] .

وعندى أن رأى أحمد والصاحبين أوجه من رأى أبى حنفية لأن ولاية الولى مقيدة بما فيه صالح الصغير ، ولا تمتد إلى ما فيه إضرار بهذا الصالح .

ولقد روى عن أبى حنيفة روايتان فيما يتعلق بتصرف الصبى مع الولى بغبن فاحش : رواية تجيزه ، إذ لا فرق بين تصرفه لولى أو لأجنبى ، ورواية تبطله لثبوت شبهة النيابة فى موضع التهمة ، إذ يحتمل أن الولى لا يأذن بالتصرف إلا للحصول على مقصوده ، دون نظر للصبى .

ثالثاً — التصرفات الضارة ضرراً محضاً ؛ كالعتق والوقف والكفالة . هذه التصرفات إذا باشرها الصبى تعتبر باطلة ولا يجوز للولى أن يأذن فيها أو يجيزها لأنها لا تصح منه .

بهذا التقسيم أخذت المجلة فنصت فى المادة ٩٧٦ على أنه « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض ، وإن لم يأذن به الولى ولم يجزه ، كقبول الهدية والهبة . ولا يعتبر تصرفه الذى هو فى حقه ضرر محض ، وإن أذنه بذلك

---

(١) كشف الأسرار ح ٤ ص ٢٥٨ .

وليه وأجازه ، كأن يهب لآخر شيئاً . وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه . ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها ، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها ، وإلا فلا . مثلا إذا باع الصغير مالا بلا إذن ، كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه ، وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه ، لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل ».

ولقد أخذ بهذا التقسيم أيضاً القانون المدني المصري فنص في المادة ١١١ منه على أنه « إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

وصية الصبي المميز :

اختلف فقهاء الشريعة في صحة وصية الصبي المميز . فيرى الحنفية أن وصيته غير جائزة سواء كانت في البر أو في غيره ، إلا إذا كانت في أمر تجهيزه ودفنه . لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضا ، إذ لا يقابلها عوض دنيوي ، والصبي ليس من أهل التبرعات ، لذلك تبطل وصيته سواء كانت منجزا أو مضافة إلى ما بعد الإدراك . فإن قال إذا أدركت ثم مت فثلث مالي لفلان ، لم يصح، لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت [١]؛ سواء مات قبل الإدراك أو بعده، لأنها وقعت باطلة في الأصل، فلا تصح إلا بطريق الابتداء [٢] .

أما مذهب الشافعية ففيه قولان : أحدهما يقضي بعدم صحة وصية الصبي المميز لأنها تصرف في المال وهذا غير جائز من الصبي . وثانيهما يقضي بصحتها ، وهو الراجح في المذهب ، واحتج أصحاب القول الأخير لرأيهم بما يلي :—

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤ . والبزدوي جـ ٤ ص ٢٥٩ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٢ .

١ — روى أن عمر رضى الله عنه أجاز وصية غلام يافع ، وهو الذى قرب البلوغ ولم يبلغ. وقد روى أن شريحا سئل عن وصية غلام لم يبلغ، فقال : إن أصاب الوصية فهى جائزة [١] .

٢ — الوصية أخت الميراث ، والصبى فى الإرث عنه بعد الموت يساوى البالغ فكذا الوصية .

٣ — الوصية نافعة للموصى نفعاً محضا لما يناله من الثواب عليها ، وليس فيها إضاعة للملك لأنه إن عاش فالمال على ملكه و إن مات نال الثواب [٢] .

ولقد نقد الحنفية هذه الحجج . فقالوا إن إجازة سيدنا عمر وصية صبى يافع يحتمل أن تكون فى أمر تجهيزه ودفنه ، ومثل هذه الوصية جائزة عندهم لأنها ثابتة دون حاجة إلى إيصاء . أما قول شريح فليس بحجة ملزمة لأنه من التابعين وليس من الصحابة . والقول بان الوصية فيها عوض وهو الثواب فمسلم به، ولكنه ليس بعوض دنيوي فلا يملكه الصبى كالصدقة [٣] . « ولئن سلمنا أن فى إيصائه نفعاً من حيث الظاهر وهو حصول الثواب ، ففى القول بصحته ترك نفع أعلى منه لأن الإرث شرع نفعاً للمورث ، فإن نقل ملكه إلى أقاربه عند استغنائه عنه يكون أولى عنده من النقل إلى الأجنبى . وهو أفضل شرعاً لأنه إيصال النفع إلى القريب وصلة للرحم . و إليه أشار النبى عليه السلام بقوله لسعد رضى الله عنه (لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) . وأنه بالانتقال إلى الإيصاء ترك هذا الأفضل ، وهو ضرر لا محالة فلا يكون مشروعاً فى حقه » [٤] .

---

(١) البزدوى جـ ٤ ص ٢٥٩ .

(٢) المهذب جـ ٤ ص ٤٥٦ .

(٣) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤ .

(٤) البزدوى جـ ٤ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

أما الحنابلة فهم يقيدون صحة وصية الصبي العاقل بمجاوزته العشر. وقد جاء في الشرح الكبير[1] « المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل إذا جاوز العشر. وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر، ولا الجارية لدون تسع».

في القانون المصري :

أجاز قانون الوصية في المادة الخامسة منه وصية الصبي البالغ من العمر ثماني عشرة سنة بإذن من المحكمة . ولكن ما الرأي لو باشر هذا الصبي الوصية بدون إذن ، هل تعتبر باطلة أم قابلة للابطال ؟ . يرى بعض الشراح أن مثل هذه الوصية تعتبر قابلة للابطال ، لأن القانون لما علقها على إجازة المحكمة اعتبرها في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[2] . وعندي أن هذا الرأي غير صحيح ، ذلك أن الوصية بطبيعتها تبرع ، أي تصرف ضار ضرراً محضاً ، والإذن هنا شرط للصحة وليس شرطاً للنفاذ ، كما هو الحال في تبرع الولي بأموال القاصر فإنه يشترط لصحته أن يكون لأداء واجب عائلي أو إنساني وأن تأذن له المحكمة . فإذا لم تأذن به فإن التصرف يكون باطلا ، وليس قابلا للابطال فحسب . ولو أن المشرع أراد اعتبار الوصية من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لأجازها من الصبي المميز عموماً دون حاجة إلى اشتراط سن معينة . لذلك نرى أن الوصية التي يباشرها الصبي المميز ، الذي تقل سنه عن ثماني عشرة سنة أو الذي بلغ هذه ولم يحصل على إذن من المحكمة ، تكون باطلة ولا تلحقها الإجازة .

٣ — الصبي المأذون

بينا فيما سبق أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف

---

(١) الشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٧ .

(٢) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٢٨ .

على الإذن أو الاجازة عند أبى حنيفة ومالك وابن حنبل . أما الشافعى فيرى أن هذا التصرف ينعقد باطلا ، ولا تصححه الاجازة أو الإذن .

وتبعاً لهذا الأصل اختلف الفقهاء فى جواز الإذن للصبى المميز بتعاطى التجارة أوالعقود المتكررة . فيرى الشافعى ، طبقاً لمذهبه ، أن هذا الإذن غير جائز، لأن الصبى ليس أهلا للبيع لنقصان عقله . ولوصح بيعه لالتزم بالتسليم ، ولقد ورد الحديث صريحاً بأن الصبى لا يجب عليه شىء . وخالف الشافعى فى ذلك بعض فقهاء المذهب كامام الحرمين وآخرون من الخراسانيين ، إذ قرروا صحة بيع الاختبار[1] .

أما أحمد بن حنبل فقد رويت عنه روايتان ، إحداهما تجيز الإذن للصبى المميز بالتجارة ، وهى المشهورة ، وثانيتهما لا تجيزه[2] .

وأجاز المالكية[3] الإذن للصبى المميز بتعاطى التجارة ، إنما اشترطوا للاختبار شرطين :

١ — أن يعلم من الصبى خيراً .

٢ — أن يكون المال يسيراً كالخمسين والستين ديناراً .

واختلفوا فى وقت الإذن . فقيل يجوز ولو قبل البلوغ وقيل لا يجوز إلا بعد البلوغ ، اللهم إلا أن يجعل الوصى على الصبى من يراقبه .

ومذهب الحنفية يتفق مع مذهب المالكية فى جواز الإذن للصبى المميز بالتجارة أخذا بقوله تعالى وابتلوا اليتامى ، أى اختبروهم بدفع بعض أموالهم إليهم ليتجروا فيها حتى يمكن الوقوف على حقيقة أمر الصبى ، فإذا تبين رشده وجب دفع المال إليه بمجرد بلوغه النكاح . ولقد ورد فى البدائع « الابتلاء هو الإظهار فابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شىء من أمواله إليه لينظر الولى هل يقدر على

---

(١) المجموع ج ٢ ص ١٥٦ . فتح العزيز ج ٨ ص ١٠٧ . البدائع ج ص ١٩٣ .

(٢) الشرح الكبير بذيل المغنى ج ٤ ص ٥٣٣ .

(٣) وجاز للوصى فيمن حجرا .·. اعطاء بعض ماله مختبرا . (البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٨٦ ، وشرح الحطاب ج ٥ ض ٦٦).

حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة ، فكان الأمر بالابتلاء إذناً بالتجارة ، ولأن الصبى إذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهراً فكان أهلا للتجارة »[1] .

ولقد أخذت المجله بنظام الإذن فنصت على أن « للولى أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله و يأذن له بالتجارة لأجل التجربة ، فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقى أمواله » (المادة ٩٦٧) ، وأن « العقود المكررة التى تدل على أنه قصد منها الربح هى إذن بالأخذ والإعطاء . مثلا لو قال الولى للصغير بع و اشتر ، أو قال له بع واشتر المال الفلانى ، فهو إذن بالبيع والشراء . وأما أمر الولى الصبى باجراء عقد واحد فقط ، كقوله له اذهب إلى السوق واشتر الشىء الفلانى ، فليس بإذن ، بل إنما يعد من قبيل إستخدام الصغير توكيلا على ما هو المتعارف والمعتاد » (المادة ٩٦٩) .

والإذن للصبى يكون من الولى . « أما إذا أذنه أخوه وعمه وسائر الأقارب ، إن لم يكونوا أوصياء ، فإذنهم غير جائز » (المادة ٩٧٤) . و يبطل الإذن بوفاة الولى أو بسحبه إياه .

القانون المصرى :

أخذ القانون المصرى بنظام ابتلاء الصغير . فأجاز الاذن له بالاتجار أو بإدارة أمواله .

والإذن بالاتجار لا يصدر إلا من المحكمة كما يتضح ذلك من نص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال ، إذ تقول « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنه عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقا أو مقيداً » .

أما الإذن بالإدارة ، فكان قديماً لا يصدر إلا من المحكمة . إلا أن قانون

---

(١) البدائع ج ٧ ص ١٩٣ .

الولاية على المال أخذا بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية أجاز للولى أن يأذن للقاصر بإدارة أمواله ، إنما يشترط أن يكون قد بلغ ثمانية عشرة سنة ، ويجوز للولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه . وقد نصت على ذلك المادة ٥٤ من القانون المذكور فقالت « للولى أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك باشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه باشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » .

ولا يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر بالإدارة إلا فى حالة انعدام الولى . ويتضح ذلك من نص المادة ٥٥ من قانون الولاية على المال التى تقرر أن إذن المحكمة للقاصر بتسلم أمواله يكون بعد سماع أقوال الوصى .

وللمأذون له بالإدارة أن يؤجر أمواله بشرط الا تزيد مدة الاجارة عن سنة سواء فى الأراضى الزراعية أو فى المبانى . كما يجوز له أن يباشر أعمال التصرف الداخلة فى حدود الإدارة كبيعه المحصولات الناتجة من زراعته وكشرائه السماد والبذور اللازمة لهذه الزراعة ؛ وكايفائه واستيفائه الديون المترتبة على أعمال إدارته.

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (مادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) .

وعلى المأذون له فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى، وللمحكمة أن تأمر بايداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها (مادة ٥٨ من قانون الولاية على المال) . وإذا قصر المأذون له بالإدارة فى تقديم الحساب أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله (مادة ٦٠ من قانون الولاية على المال)

المبحث الثانى

العقـــل

قلنا فيما سبق إن الأهلية أساسها العقل ، فبه يستطيع المكلف أن يفهم دليل التكليف وتمتثل إرادته إلى ما كلف به . وهو من أعز النعم التى ميز بها الله الآدمى عن البهائم حتى أدرك بها حقائق الأمور .

ولقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم شرف العقل فقال « أول ما خلق الله العقل فقال له أقبل فأقبل ، ثم قال له أدبر فأدبر » . فسر الغزالى هـذا الحديث بقوله « أى أقبل حتى تستكمل بى وأدبر حتى يستكمل بك جميع العالم دونك »[1] . وقال الله تعالى عنه « وعزتى وجلالى ما خلقت خلقاً أعز على ولا أفضل منك ، بك آخـذ و بك أعطى و بك أثيب و بك أعاقب » . وعبر عنه الرسول صلى الله عليه وسلم بالقلم فقال « إن أول ما خلق الله القلم . فقال له اكتب ،فقال وما أكتب ؟. قال ما هو كائن إلى يوم القيامة من عمل وأثر ورزق وأجل ، فـكتب ما يكون وما هو كائن إلى يوم القيامة[2] » .

ولقد سماه الله نورا فقال تعالى « أو من كان ميتاً فأحييناه وجعلنا له نورا يمشى به فى الناس » .

العقل عند الفلاسفة وفقهاء المسلمين :

العقل فى اللغة هو القيد والربط والحصر . ويراد به معان متعددة . فالعامة تصف به كل ذى فضل سديد الحكم . أما المتكلمون فيعبرون به عن تلك

---

(١) معارج القدس فى مدارج معرفة النفس ص ١٥ .

(٢) نفس المصدر فى الموضع المشار إليه.

الملكة أو القوة التى تميز للانسان بين الخير والشر . وعبر عنه أرسطو بأنه تلك القوة التى يستعين بها المرء على الوصول بطريقة مباشرة إلى نتيجة يقينية يستنبطها من بعض المقدمات أو القضايا العامة الضرورية .

وعرفه بعض فقهاء الشريعة بأنه « جسم لطيف مضئ محله الرأس وأثره يقع على القلب ، فيصير القلب مدركا بنور العقل الأشياء ، كالعين تبصر مدركة بنور الشمس و بنور السراج الأشياء ، فإذا قل النور أوضعف قل الإدراك وضعف ، و إذا انعدم النور انعدم الإدراك[١] » .

ولقد تناول فلاسفة المسلمين كابن سينا وابن باجه والغزالى والقرافى مشكلة العقل بالتحليل . وأفردت بعض الكتب الشرعية باباً خاصا لبيان العقل وحده عند الكلام فى أهلية المحكوم عليه . وفرقوا بين أربعة أنواع من العقول :

١ — العقل الهيولانى أو العقل بالقوة : هو استعداد بعيد نحو الكمال ، به يتهيأ الإنسان لإدراك المعقولات دون أن يدرك شيئاً منها ، كما هو الحال لدى الطفل ، فعنده قابلية لقبول العلوم والصناعات الفكرية و إن كان لا يعلم منها شيئاً . وهذه القابلية لا تتوفر عند سائر الحيوانات .

وهذا الوصف هو الذى اراده ابن أسد المحاسبى حيث قال فى حد العقل « إنه غريزة يتهيأ بها ادراك العلوم النظرية ، وكأنه نور يقذف فى القلب به يستعد لإدراك الأشياء[٢] » . وسمى عقلا هيولانيا تشبيها بالهيولى الأولى الخالية فى نفسها عن جميع الصور القابلة لها[٣] .

٢ — العقل بالملكة : وهو القوة التى يدرك بها الصبى المميز القضايا الأولية البديهية ، كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد وأن الشخص الواحد لا يوجد فى مكانين مختلفين .

---

(١) احياء علوم الدين للامام الغزالى ج ١ ص ١٤٥ .

(٢) المرجع السابق فى الموضع المشار إليه .

(٣) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٦٣ .

٣ — العقل بالفعل : وهو قوة تحصل بها العلوم المستفادة من التجارب بمجارى الأحوال . وبها يستطيع الإنسان استحضار الصور العقلية التى سبق اكتسابها متى أراد من غير حاجة إلى كسب جديد لكونها مكتسبة مخزونة ، كالعالم الغافل عن العلوم القادر عليها متى أراد ، وكالقادر على الكتابة حين لا يكتب ، وله أن يكتب متى شاء . وسمى عقلا بالفعل لقربه من الفعل (١) .

٤ — العقل المستفاد : وهو قوة يعرف بها الإنسان حقائق الأمور حتى يقمع الشهوة العاجلة باللذة الآجلة ، ويحتمل المكروه العاجل لسلامة الآجل ، فيسمى صاحبها عاقلا من حيث أن إقدامه وإحجامه بحسب ما يقتضيه النظر فى العواقب لا بحكم الشهوة العاجلة . وفى هذا العقل تتمثل صور العلوم فى الذهن ، بمنزلة الكاتب حين يكتب . وسمى مستفاداً لأنه يستفيد هذه الصور بأحد الأسباب الإلهية . ويسمى هذا السبب ملكة أو عقلا فعالا (٢) .

ويلاحظ أن العقل الأول والثانى مطبوع ، والثالث والرابع مكتسب . ولذلك قال على كرم الله وجهه .

رأيت العقل عقلين   فمطبوع ومسموع

ولا ينفع مسموع   إذا لم يك مطبوع

كما لا تنفع الشمس   وضوء العين ممنوع

ولقد أوضح ابن سينا تدرج الوظائف العقلية وبين أن كل عقل منها يعد مادة للعقل الذى يليه وصورة للذى قبله . « فالعقل الهيولانى ، وهو لا يعدو أن يكون مجرد استعداد للمعرفة ، يأتي بعده العقل الممكن أو بالملكة ، وهو صورة له ، وذلك لأنه يزيد عليه من جهة أنه قد اكتسب القضايا الأولية البديهية . ثم يأتى بعد ذلك العقل بالفعل ، وهو فى حالة استعداد كامل بحيث يمكن أن تحدث فيه

---

(١) التقرير والتحبير فى الموضع المشار اليه سابقا .

(٢) مقاصد الفلاسفة مطبعة السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢١ هـ ص ٢٩١ .

الصور العقلية التى تكتسب بعد الحقائق الأولية . فإذا أدرك هذه الصور أو المعانى انقلب عقلا مستفاداً . وتفيض هذه الصور من عقل آخر مستقل عن النفس الإنسانية، وهو العقل الفعال ونسبته إلى نفوسنا كنسبة الشمس إلى أبصارنا[1] » .

ولقد أوضح أبو حامد الغزالى هذه الصلة الوثيقة وذلك التدرج مستشهداً بقوله تعالى : « الله نور السموات والأرض مثل نوره كمشكاة فيها مصباح ، المصباح فى زجاجة ، الزجاجة كأنها كوكب درى ، يوقد من شجرة مباركة زيتونة لا شرقية ولا غربية يكاد زيتها يضىء ، ولو لم تمسسه نار ، نور على نور يهدى الله لنوره من يشاء ويضرب الله الأمثال للناس ، والله بكل شىء عليم » . فالنفس الإنسانية المستعدة بفطرتها لقبول المعرفة على هيئة الفيض من العقل الفعال تشبه المشكاة ، فإذا قويت فأدركت المعارف والبديهيات الأولى اشبهت الزجاجة . أما إذا اشتد ساعدها واستطاعت أن تصل إلى مرتبة تدرك فيها معانى الأشياء عن طريق الفكرة الصائبة فإنها تشبه الشجرة «لأن الشجرة ذات أفنان فكذلك الفكرة ذات فنون . وهى شبيهة بالزيت ، إذا سمت وقويت ، و بلغت إلى درجة تدرك فيها المعانى بيسر على هيئة الحدس العقلى الذى لا يحتاج إلى إعمال الفكر أو الانتقال من معلوم إلى آخر . فإن كانت أقوى من ذلك فيكاد زيتها يضىء . فإن حصل له المعقولات فهو نور على نور : نور العقل المستفاد على نور العقل النظرى »[2] .

تأثير الجسم على العقل :

العقل كالبنية الحية التى تنمو حتى تصل إلى الاكتمال . ولقد دلت الأبحاث الطبية على أن العقل ينضج فى حوالى السابعة عشر من العمر . ولا يكون نمو العقل نمواً مطرداً و بسرعة لا تتغير ، بل تبطؤ سرعته كلما اقترب من النضج .

---

(١) الشفاء ج ١ ص ٣٥٦ .

(٢) معارج القدس فى مدارج معرفة النفس ص ١١٠ .

وأثبتت الحقائق العلمية وجود تلازم بين النمو العقلى والنمو الجسمانى، فنمو العقل تابع إلى حد كبير لنمو الجهازين العصبى والهرمونى . وتأثير الجسم فى العقل يعود إلى هورمونات الغدد الصماء ، أى افرازات تلك الأجسام الصغيرة التى تفرز سوائلها فى الدم مباشرة وليست لها قنوات تحمل هذه السوائل . فنقص إفراز الغدة الدرقية (غدتان فى العنق تزودان الإنسان بقوة المثابرة) يؤدى إلى خمول الذهن والغفلة . وزيادة إفراز الغدة الأدرينالية (غدتان فوق الكلوة) يؤدى بالشخص إلى الاندفاع وسرعة الغضب .

وغدتنا الدرقية أكبر من الغدة الأدرينالية ، بعكس الحال فى بعض الحيوانات كالأسود والنمور والقطط حيث تكبر الغدة الأدرينالية بشكل ملموس وتنقص الغدة الدرقية . لذلك يقال إن الإنسان حيوان المثابرة والصبر على المشاق بينما الأسد حيوان الوثوب والحرب الخاطفة [١] .

كما أن بعض الأمراض التى تصيب الجسم تؤثر فى الوظائف العقلية ، مثل ما تحدثه بعض الحميات من هذيان وهتر وتوهمات باطلة وتخيلات مفزعة ، ومثل مرض الزهرى فهو يؤدى فى النهاية إلى اصابة المريض بالشلل الجنونى العام، ومثل مرض البلاجرا ، وهو ينشأ من نقص فيتامين غذائى ، يؤدى إلى البلاهة .

تفاوت العقول :

قال المعتزلة [٢] إن العقل فى أصل الخلقة واحد لا يتفاوت باختلاف البشر. ولكن الحس والمشاهدة ينفيان هذه الوحده ، فالنفوس متفاوتة فى غريزة العقل تفاوتها فى سائر الصفات والقوى . ولقد وضح الإمام الغزالى هذا التفاوت

---

(١) سلامه موسى . عقلى وعقلك ص ٢٤ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٢٣٢ .

فى كتابه إحياء علوم الدين[1] فقال : « تفاوت نور البصيرة كتفاوت نور البصر ، والفرق مدرك بين الأعمش و بين حاد البصر ، بل سنة الله عز وجل جارية فى جميع خلقه بالتدريج فى الإيجاد ، حتى أن غريزة الشهوة لا تظهر فى الصبى عند البلوغ دفعة و بغتة بل تظهر شيئاً فشيئاً على التدريج ، وكذلك جميع القوى والصفات ... ومن ظن أن عقل النبى صلى الله عليه وسلم مثل عقل آحاد السوادية وأحلاف البوادى فهو أخس فى نفسه من آحاد السوادية. وكيف ينكر تفاوت الغريزة ولولاه لما انقسموا إلى بليد لا يفهم بالتفهيم إلا بعد تعب طويل من المعلم، وإلى ذكى يفهم بأدنى رمز وإشارة ، وإلى كامل تنبعث من نفسه حقائق الأمور بدون تعليم كما قال تعالى « يكاد زيتها يضىء ولو لم تمسسه نار نور على نور » . ويدل على تفاوت العقل من جهة النقل ما روى عن عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « قالت الملائكة : يا ربنا هل خلقت شيئاً أعظم من العرش ؟ قال نعم : العقل ، قالوا : وما بلغ من قدره ؟ قال : هيهات لا يحاط بعلمه . هل لكم علم بعدد الرمل ؟ قالوا . لا . قال الله عز وجل فإنى خلقت العقل أصنافا شتى كعدد الرمل ، فمن الناس من أعطى حبة ، ومنهم من أعطى الثلاث والأربع ، ومنهم من أعطى فرقاً ومنهم من أعطى وسقا ومنهم من أعطى أكثر من ذلك » .

وكما يختلف الناس فى غريزة العقل أى فى قوة استعدادهم للادراك نجدهم أيضاً يختلفون فى العقل المستفاد . وهذا الاختلاف يرجع لتفاوتهم فيما اكتسبوه من تجارب وعلوم ، وفيما تركته قواعد الأخلاق والدين والعادات الحسنة من أثر فى نفوسهم . فمنهم من يستطيع إخضاع العاطفة الجامحة للروية والعقل بفضل ما اكتسبوه من قوة الإرادة وضبط النفس ؛ ومنهم من يستسلم عادة لسلطان العواطف والنزوات . وقد يرجع هذا الاختلاف لتفاوت الناس فى قوة الشهوة .

---

(١) الغزالى ، احياء علوم الدين ، ج ١ ص ١٥٠ .

فبعض العقلاء ، يستطيع قمع شهوة ما و بعضهم من لا يستطيع ، بل إن الشخص الواحد قد لا يستطيع قمع شهوته فى وقت معين و يستطيع قمعها فى وقت آخر ، إذ المشاهد أن الشهوات تختلف قوة وضعفا باختلاف السن كالشهوات الجنسية وشهوة الرياسة ، فالأولى تضعف بالـكبر بينما الثانية تزداد به قوة.

المبحث الثالث

الرشـــد

اختلف فقهاء الشريعة فى تحديد معنى الرشد . ففسره بعض علماء الحنفية بأنه الصلاح فى المال ، وفسره البعض الآخر بأنه إنفاق المال فيما يحل والامساك عما يحرم وألا يعمل صاحبه فيه بالتبذير والاسراف . والراجح فى المذهب هو القول الأول[1] . وبه أخذت المجلة حيث جاء فيها « الرشيد هو الذى يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى من السفه والتبذير » (المادة ٩٤٧) . وفسره فقهاء الحنابلة[2] بأنه العقل والصلاح فى المال . فإذا بلغ الشخص عاقلا حافظاً لماله وجب دفعه إليه حتى ولو كان مفسداً لدينه . وهذا المذهب يتفق مع الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، ويتفق أيضاً مع ما قال به فقهاء المالكية . فقد فسره ابن رشد ، وهو من المالكية ، بأنه « حسن النظر فى المال ووضع الأمور فى نصابها[3] » .

ولكن هل يكفى لتوفر الرشد مجرد حفظ المال أم لا بد من حسن استغلاله وتنميته ؟. عند النظر فى فك الحجر وزوال الولاية يلزم لتوفر الرشد أن يكون الشخص حافظا لماله قائماً على استثماره استثمارا حسنا . أما عند النظر فى الحجر فيكفى لتوفر الرشد أن يكون الشخص حافظا لماله، ولا يشترط أن يكون محسنا لتنميته. وقد حكى عن اللخمى أن الاتفاق جرى على أن من لا يحسن الاتجار ويحسن الامساك لا يحجر عليه .[4]

وذهب الشافعية مذهباً مخالفاً فى تفسير الرشد . فقالوا إنه الصلاح فى الدين والمال . فاصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصى ما يسقط به العدالة ، وإصلاح المال

---

(١) حاشية الطحطاوى ج٢ ص ٨٥ وما بعدها. والفتاوى الهندية ج ٧ ص ٤٤.

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٣) شرح المواق بهامش الحطاب ج ٥ ص ٩٥ .

(٤) البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٦ .

أن يكون حافظا له غير مبذر [١] . فالفاسق عندهم غير رشيد لأن افساده لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله كما يمنع قبول قوله . وبهذا قال ابن عباس ومجاهد والحسن وابن المنذر .

والحجر على الفاسق عند معظم الشافعية جزاء على فسقه ؛ لذلك يوجبون الحجر عليه سواء بلغ فاسقاً أو ظهر منه الفسق بعد بلوغه . وبه قال الشافعى وابن العباس [٢] . بينما يرى البعض الآخر أن الحجر على الفاسق يرجع لتوهم أن يحمله الفسق على التبذير . لذلك لم يوجبوا الحجر عليه إلا إذا بلغ فاسقا لوجود هذا التوهم . أما إذا انعدم ، ببلوغه مصلحاً ثم ظهر منه الفسق بعد ذلك فلا يجوز الحجر عليه . وقال أبو اسحق « ولا يعاد عليه الحجر ، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال [٣] » .

ونحن نرى أن الفساد فى الدين لا يجر إلى اعتبار الشخص غير رشيد . فمن يصرف أمواله فى ملذاته كشرب الخمر ولعب الميسر والتمتع بالغوانى يعتبر غير رشيد لا بسبب فساد دينه ، بل لعدم صلاحيته فى حفظ أمواله . فإذا كان فساد الدين يمنعه من الصلاة والزكاة فلا أثر على الرشد فى ذلك ما دام حافظاً لأمواله .

وخالف أهل الظاهر [٤] جميع المذاهب السابقة وقالوا إن الرشد هو العقل والدين . فمن بلغ عاقلا مميزاً مسلماً وجب دفع ماله إليه ولو لم يكن حافظاً له ، وجاز فيه من جميع أفعاله ما يجوز من فعل سائر الناس كلهم . وقالوا إن تفسير الرشد بالكياسة فى المال ليس له أصل فى اللغة ويخالف معناه فى القرآن ، إذ أن الآيات الواردة فيها الرشد تفيد أنه العقل والدين لا حفظ المال وتثميره .

---

(١) المهذب ج ١ ص ٣٣٢ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٣٧١ ، المهذب ج ١ ص ٣٣٢ .

(٣) المهذب فى الموضع المشار اليه آنفا .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٦ .

وللتحقق من ثبوت صفة الرشد أخذ فقهاء الشريعة بنظام ابتلاء الصغير واختباره ليستفيد من تجارب الحياة وليعلم وليه مقدار صلاحيته لإدارة شئون ماله، والاختبار يكون على قدر حال الشخص ومركزه فى الهيئة الاجتماعية « فتختبر المرأة فى إصلاح أمر البيت ،وابن الزارع فيما يتعلق بالزراعة والقيام على العمال ، وابن المحترف فيما يتعلق بحرفته ، وابن الرئيس وابن الكاتب الذى يصان أمثالهم من الأسواق بأن تدفع إليه نفقته مدة من الزمن لينفقها فى مصالحه فإن صرفها فى مصارفها ومرافقها واستوفى على وكيله فيما استوفى فيه واستقصى عليه دل ذلك على رشده[1] ».

واختلفوا فى وقت الابتلاء . فقال بعض الشافعية لا يختبر فى التجارة إلا بعد البلوغ لأنه قبل البلوغ لا يصح تصرفه عندهم ، ومن ثم لا يصح اختباره[2]. ويرى غالبية الفقهاء أن الاختبار يتم قبل البلوغ لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى ».

سن الرشد :

لم يحدد فقهاء الشريعة للرشد سنا معينة . وإن كانوا قد عينوا سنا للبلوغ . فإذا ابتلى الصغير وأسفرت التجربة عن صلاحيته لادارة أمواله صار رشيداً ووجب دفع المال إليه .

ولقد أحسنت الشريعة صنعاً بعدم تحديدها سنا للرشد ، لأن الرشد هو الاهتداء إلى وجوه التصرفات النافعة والضارة وتعرفها تعرفا يقى الانسان من الوقوع فى الخسران . وهذا يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الناس والجماعات .

فإذا كانت الحياة الاجتماعية بدائية وأسباب الكسب سهلة ميسورة سهل على

---

(١) المهذب ج ١ ص ٣٣٢ . وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ . وآداب الأوصياء ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) والى هذا أيضاً ذهب المالكية فقالوا إن زوال الحجر ببلوغ ورشد بينهما اختبار .. (البهجة فى شرح التحفة ج٢ص ٢٧٩).

الشخص تدبير ماله واستثماره بسهولة ، فلا خوف من أن ينال الفتى رشده بمجرد بلوغه عاقلا أو بعد ذلك بقليل . أما إذا تشعبت الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتفنن المحتالون فى سلب أموال الناس فإن الفتى لا يمكنه أن يتبين النفع أو الضرر فى معاملاته إلا بعد تجربة أطول ، لذلك لزم المباعدة بين رشده و بلوغه . ولقد بين هذه الحقيقة المرحوم فتحى زغلول فى كتابه شرح القانون المدني (١) بقوله :

« المولود يولد فاقد الأهلية و يبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غضين فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه أو التى يتعمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على مباشرة أشغاله و إدارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ولا فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافاً كبيرا . إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهى إليه حالة الإنسان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر وتتم له الأهلية.

« والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، مذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله وكثر المال وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ووهن رباط العائلة بضعف تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل

بإقرار الأهلية واضطر الشارع إلى تأجيل زمانها فجعله خمسا وعشرين سنة . ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة » .

في القانون المصري : كان البلوغ القانوني عندنا مرادفاً للبلوغ الطبيعي أي يتحدد بخمس عشرة سنة في حالة عدم وجود العلامات الدالة على البلوغ ، وذلك طبقاً للراجح في الفقه الإسلامي . ثم صدر قانون سنة ١٨٩٦ حددها بثماني عشرة سنة هجرية ، ثم حددت في سنة ١٩٢٥ بإحدى وعشرين سنة ميلادية .

في القوانين الأجنبية : تحددت سن الأهلية في فرنسا (المادتان ٣٨٨، ٤٨٥ مدني) وانكلترا والولايات المتحدة [١] وإيطاليا (مادة ٢ مدني) وألمانيا (مادة ٢، ٢٥) بإحدى وعشرين سنة . وفي أسبانيا (مادة ٣٢٠ مدني) بثلاثة وعشرين سنة ، وفي سويسرا بعشرين ، وفي تركيا (مادة ١١) بثماني عشرة سنة .

هل يتوقف الرشد على أمر من الحاكم ؟

إذا بلغ الصبي رشيدا هل ينفك عنه الحجر بمجرد إيناس رشده ، أم لابد من صدور حكم بذلك ؟ .

يرى الحنفية والحنابلة أن الحجر يرتفع عن الصغير بمجرد بلوغه رشيدا لقوله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » . فالله سبحانه وتعالى لم يعلق إيتاء المال إلا على شرطين لا ثالث لهما ، وهما البلوغ والرشد . ومن ثم يكون اشتراط صدور حكم بالترشيد تقييد للآية دون دليل . أضف إلى ذلك أن الحجر على الصبي معلول بعلة العجز عن التصرف في ماله ، فإذا زالت هذه العلة ببلوغه رشيدا زال عنه الحجر ، والعلة تدور مع معلولها وجودا وعدما [٢] .

---

(١) آنسون ص ١٢٢ .

(٢) الزيلعي على الكنز ج ٥ ص ١٩٥ . والمبسوط ج ٢٤ ص ١٦١ . والمغني ج ٤ ص ٥٠٩ ، والبدائع ج ٧ ص ١٧١ .

والشافعية انقسموا فريقين : يرى الفريق الأول أن الحجر على الصغير لا ينفك عنه بمجرد بلوغه رشيدا ، بل لا بد من حكم ، لأنه يحتاج إلى نظر واختبار فافتقر إلى الحاكم ، كفك الحجر عن السفيه. ويرى الفريق الآخر قياس الصغير على المجنون ، فكما أن الحجر على الصغير ثبت من غير حكم فيزول أيضاً عنه من غير حكم كالمجنون تماما[١] .

أما المالكية فيفرقون بين فرضين : أولهما إذا كان الصغير قد بلغ فى حياة أبيه فيزول عنه الحجر بمجرد بلوغه رشيدا ، وكذلك الحكم إذا بلغ رشيدا بعد وفاة أبيه ولم يكن عليه وصى[٢] . وثانيهما إذا كان الصغير ذا وصى فلا يرتفع الحجر عنه بمجرد بلوغه رشيدا ، بل لا بد أن يطلقه وصيه من الحجر . فإن كان الوصى مقدماً من الأب فيجوز إطلاقه لمحجوره دون الشهادة على نفسه بترشيده للصبى ، وهو قول مالك . واستلزم أصبغ الاشهاد[٣] . أما إذا كان الوصى مقدماً من القاضى فلا يستطيع إطلاق الصبى من الحجر إلا بإذن القاضى وشهادة البينة برشده .

وسبب تفرقة المالكية بين الصغير ذى الأب أو المهمل والصغير ذى الوصى يرجع إلى اعتبارهم دخول الثانى فى ولاية الوصى بمثابة الحجر . وهو إذا حجر عليه لم يخرج إلا بإطلاقه[٤] .

---

(١) المهذب ج ١ ص ٣٣٢ . والأم ج ٣ ص ١٩١ . وفتح العزيز ج ١٠ ص ٢٨٣ .

(٢) إذا بلغ الصبى مجهول الحال لا يعلم سفهه من رشده ، فقيل إنه على السفه إلى عامين حتى يتبين رشده . فان تباعد فهو على الرشد حتى يثبت سفهه عند القاضى ، وهو المشهور ، وقيل إنه على الرشد حتى يتحقق سفهه ، وهو قول ضعيف (البهجة فى شرح التحفة ج٢ ص٢٧٨) .

(٣) البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٩ . وحلى المعاصم للتاودى بهامش البهجة ج ٢ ص ٢٩٦ . وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١ .

(٤) شرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٤ .

القانون المصرى :

لا يعلق القانون المصرى ثبوت الرشد على حكم القاضى . فببلوغ القاصر سن الرشد غير مجنون ولا معتوه يعتبر كامل الأهلية . فإذا دلت حال الصغير قبل بلوغه هذه السن أنه غير حافظ لأمواله سيء التدبير فلا تنهدم قرينة الرشد إلا إذا طلب ذوو الشأن استمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه هذه السن، مبينين الأسباب الداعية لذلك . وتكون المحكمة هى المختصة بتقرير استمرار الولاية أو الوصاية، وحكمها هو الذى يهدم قرينة الرشد المستفادة من بلوغ السن . أما إذا تقدم الطالب بعد البلوغ فلا نكون بصدد وصاية أو ولاية قد انتهت، بل حجر يجب أن يخضع لقواعد أخرى من حيث الإجراءات والشروط[1] . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه «إذا بلغ الشخص سن الرشد قبل طلب استمرار الوصاية وجب اعتباره بالغاً ، ولا معنى بعد ذلك لطلب الحكم باستمرار الوصاية بل يلزم اتخاذ الاجراءات القانونية للحجر عليه، إن كانت هناك أسباب توجب ذلك[2]». وقضى أيضاً بأن « الوصاية تنتهى قانوناً متى بلغ القاصر سن الرشد، إلا إذا قرر المجلس الحسبى استمرارها ، والتقرير باستمرارها يستوجب تقديم الطلب قبل أن يبلغ القاصر سن الرشد . فلايسوغ للمجلس التقرير باستمرار الوصاية ، وإنما يطلب من المجلس توقيع الحجر عليه إذا ظهر أنه أساء التصرف للأسباب الموجبة للحجر. فإذا كان تقدم الطلب باستمرار الوصاية بعد بلوغ القاصر سن الرشد

---

(١) المجلس الحسبى العالى فى مارس سنة ١٩٣٢ . المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٣ رقم ٢٧. والمحكمة العليا الشرعية فى أول أبريل سنة ١٩٠٥ ، منتخبات الأحكام الشرعية ، ج١ ص٩٩.

(٢) المجلس الحسبى العالى ٧ يونيو سنة ١٩٢٥ رقم ١٤ ص ١٥ محاماة السنة السادسة. والمجلس الحسبى العالى فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٦ رقم ٣٩٠ ص ٦٣٧ محاماة السنة السادسة. ومحكمة استئناف مصر الأهلية فى ٦ مارس سنه ١٩٢٨ رقم ٥٣٢ ص ٨٨٥ السنة الثامنة محاماة. والمجلس الحسبى العالى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ رقم ٤٢٩ ص ٩٢٧ السنة السادسة عشرة محاماة.

فالقرار الذى يصدر بها لا يمكن التعويل عليه لإبطال التصرفات الحاصلة منه بعد بلوغه سن الرشد وقبل الحجر عليه »[١] .

أما إذا بلغ القاصر سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً فإن الولاية أو الوصاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم من المحكمة بذلك.

الرشد عند المرأة

هل يختلف الرشد فى المرأة عنه فى الرجل :

يرى معظم الفقهاء أن الرشد فى المرأة لا يختلف عنه فى الرجل . فإذا بلغت رشيدة وجب دفع المال إليها وارتفع الحجر عنها ، شأنها فى ذلك شأن الرجل تماماً .

ويرى مالك وأتباعه أن الرشد لا يمكن تصوره فى المرأة إلا بعد أن تتزوج ويدخل بها زوجها وتمضى مدة من الزمن . أما البكر فهى غير رشيدة ولا يرتفع الحجر عنها إلا إذا رشدها أبوها إن أونس منها الرشد[٢] ، أو إذا عنست عند بعض المالكية .

وذهبت فئة قليلة من علماء المسلمين إلى القول بأن الرشد لا يمكن تصوره إطلاقاً من النساء لأنهن يندرجن تحت تعريف السفهاء الوارد فى قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » . وبه قال الضحاك وابن عباس ومعاوية بن قرة ومجاهد وسعيد بن جبير[٣] .

---

(١) محكمة استئناف أسيوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ، المحاماة رقم ٣٦٨ ص ٧٤٧ السنه السابعه عشرة .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٣ . الحطاب على سيدى خليل ج٥ص٦٧ . وشرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

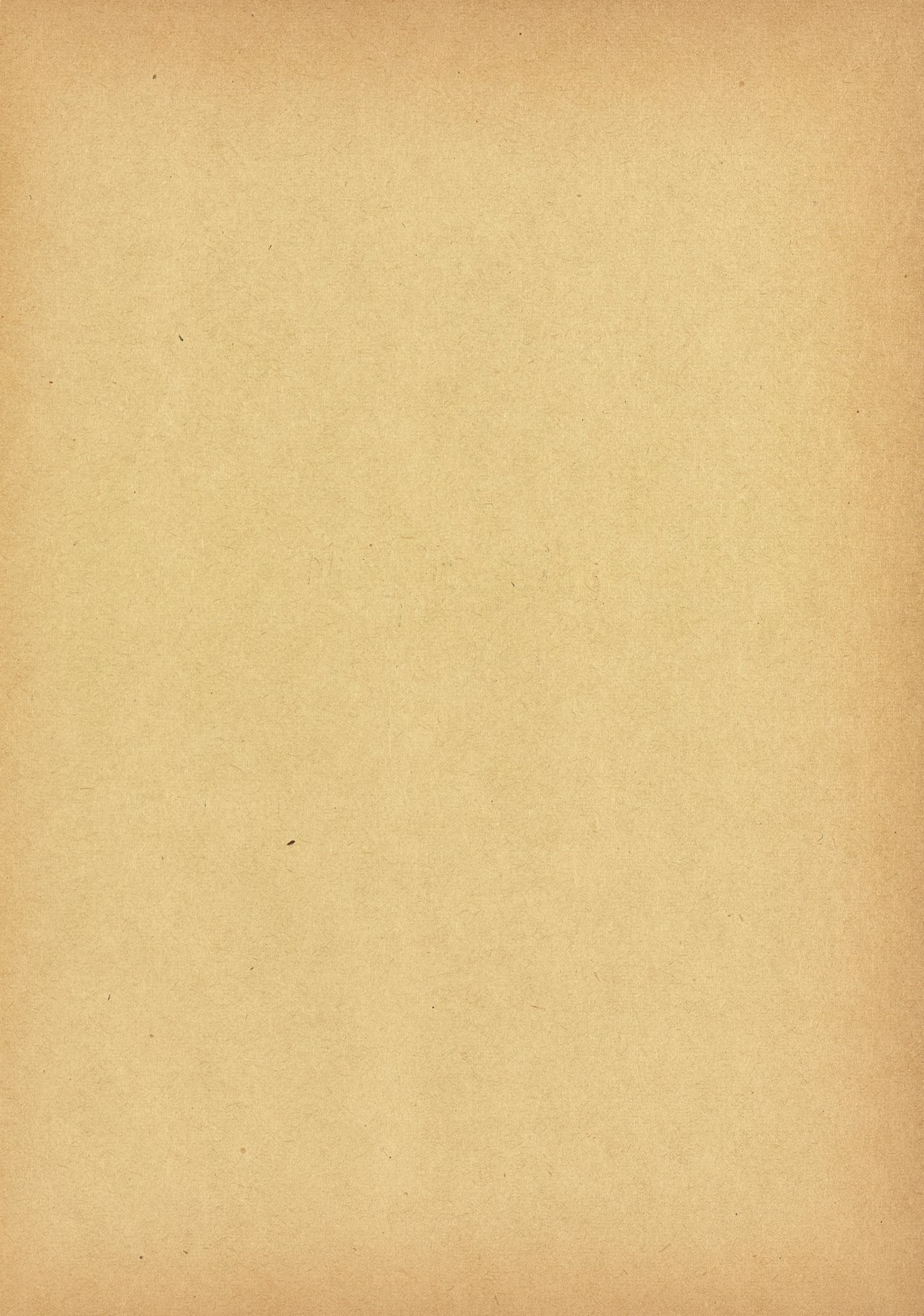
(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٨ .

مما سبق يبين لنا أن الرأى السائد فى الشريعة الإسلامية يقرر كمال أهلية المرأة البالغة الرشيدة متزوجة كانت أو غير متزوجة ، شأنها فى ذلك شأن الرجل تماماً . وهذا يخالف ما عليه الحال فى كثير من القوانين الأوربية حيث تعتبر الزواج عارضاً من عوارض الأهلية يصيب النساء فيمنعهن من التصرف فى أموالهن إلا بإذن أزواجهن . ولم يلغ انعدام أهلية المرأة المتزوجة فى فرنسا إلا حديثاً بموجب القانون الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٨ والقانون الصادر فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٤٢ .

ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة بأن الزواج يحد من أهلية المرأة ، بل بالعكس نجده عند مالك وسيلة لترشيدها ورفع الحجر عنها وإذا كان يمتنع عليها عنده أن تتبرع إلا بإذن زوجها ، فذلك لا يرجع لنقص أهليتها ، بل لأنه يرى أن لزوجها حقاً متعلقاً بأموالها .

القسم الثاني

عوارض الأهلية



عوارض الأهلية

تناول معظم فقهاء الأصول من الحنفية بيان عوارض الأهلية . وقسموها قسمين : سماوية ، ومكتسبة . فالعوارض السماوية هي النازلة من قبل الشارع وليس لإرادة الإنسان واختياره مدخل فيها. وعدوها أحد عشر عارضاً وهي : الصغر والجنون والعته والنسيان والنوم والاغماء والرق والمرض والحيض والنفاس والموت . والعوارض المكتسبة هي التي نشأت باختيار الإنسان سواء من نفسه كالسكر والهزل والجهل والسفه والخطأ ، أو من غيره كالاكراه[1] .

وسنرى فيما بعد أن كثيراً من هذه الأمور التي ذكرها الفقهاء على أنها من عوارض الأهلية ليست كذلك ، يدل على ذلك أنهم حينما تكلموا عن أحكام هذه الأمور قرروا أن بعضها كالخطأ والاكراه والهزل والرق ومرض الموت لا يتعلق بالأهلية ، وعدوها من العوارض على أساس أنها تغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة عن الثبوت فتبطلها إبطالا كلياً أو جزئياً أو تجعلها موقوفة على من له الإجازة[2] . فهم نظروا إلى عارض الأهلية ، لا من حيث تأثيره في الأهلية بل من ناحية منعه من ثبوت الأحكام الشرعية للتصرف . وبذلك يكونون قد خلطوا بين عوارض الأهلية وغيرها من الأمور التي قد تشابههامن ناحية آثارها و إن اختلفت عنها في طبيعتها ، كالأمور التي تؤثر في الرضا والاختيار أو تمنع الشخص من التصرف لأجل حق الغير .

---

(١) البزدوي ج ٤ ص٢٦٣ . والتقرير والتحبير ج ٢ ص ١٧٢ . والتلويح على والتوضيح جـ ٢ ص ١٩٢ .

(٢) راجع أحمد ابراهيم، الأهلية وعوارضها، ص ٢٣ . والبزدوي جـ٤ ص٢٧٨، ٢٨٢، ٣٠٧ ، ٣١٢، ٣٥٧ وما بعدها .

ولتحديد عوارض الأهلية بالمعنى الصحيح فى الشريعة الإسلامية يلزم بيان طبيعة هذه العوارض .

طبيعة عوارض الأهلية :

العوارض جمع عارضة أو عارض . والعارض هو الشيء غير العادى . و يقصد بعوارض الأهلية الأمور التى تطرأ لبعض الأشخاص فتحد من أهليتهم أو تعدمها، أو كما يقول فقهاء الشريعة هى الأمور المنافية للأهلية ، وليست من لوازم الإنسان من حيث هو إنسان (١) .

ولا يتيسر لنا الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها . ولما كانت الأهلية صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحاً لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعا نظراً لكمال تمييزه عن عقل أو عن عقل ورشد عند معظم الفقهاء ، لزم أن يكون العارض المؤثر فى الأهلية مؤثراً فى هذه الصلاحية ، ويلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادى الذى أثر فى تمييزه وعقله أو فى رشده عند من يشترطه .

من هذا نرى أن عوارض الأهلية لا بد أن يتوفر فيها الشروط الآتية :

(أولا) أن تكون أموراً غير عادية : بمعنى أنها أمور استثنائية تعرض لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ، وليست أموراً عادية يشترك فيها جميع الناس ، والا انتفى عنها صفة العارض ، إذا كانت من لوازمهم (٢) .

---

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٢٤ .

(٢) المرجع المذكور عاليه فى الموضع المشار إليه .

وعلى ذلك فانعدام الأهلية بسبب الصغر والموت ، وانعدام التمييز بسبب النوم لا يدخل تحت مدلول العوارض ، لأن الصغر والموت والنوم أمور عادية يمر بها كل إنسان .

ولقد اعتبر فقهاء الحنفية الصغر عارضاً مع أنه ثابت بأصل الخلقة لكل إنسان على أساس أن آدم وحواء لم يخلقا صغيرين واعترض الصغر لأولادهما[1] . ولكن هذا التعليل غير مقبول ، إذ أصبح الأصل أن كل إنسان يمر بهذه المرحلة ، وكون آدم وحواء لم يخلقا صغيرين ، فهذا استثناء ، لا يجوز القياس عليه .

والموت كذلك ، وان أعدم الأهلية ، فلا يعتبر عارضاً ، لأنه أمر عادى يشترك فيه جميع الناس .

أما النوم ، وإن عده الفقهاء من ضمن عوارض الأهلية ، إلا أنهم عند الكلام عن أحكامه قرروا أنه لا يحدث خللا بالأهليـة ، لا على أساس أنه أمر عادي يمر به كل إنسان ، بل على أساس أنه لا يعدم العقل وان أعجز عن استعماله . «والعجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه ، كمن عجز عن استعمال السيف لم يؤثر ذلك فى السيف بالإعدام . الاترى أنه لا يولى عليه كما يولى على الصبى والمجنون ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن معصوما عنه ولو كان فيه زوال العقل يعصم عنه النبى كما عصم عن الجنون[2] » .

والسبب الذى دعا فقهاء الحنفية إلى هذا الاضطراب يرجع إلى ما جروا عليه من الخلط بين عوارض الأهلية والأمور المؤثرة فى الرضا . حقاً إن عبارات النائم باطلة ، ولكن ذلك لا يرجع لانعدام أهليته ، وإنما لانعدام رضا واختياره .

ثانياً : أنها أمور لاصقة بالإنسان تؤثر فى صلاحيته لمباشرة التصرفات ،

---

(١) البزدوى ج ٤ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٧٧ . البزدوى ج ٤ ص ٢٧٩ .

فكما أن الأهلية صفة من صفات الإنسان ، فكذلك العارض المؤثر فيها صفة لا صقة به . وعلى ذلك يتميز العارض بصفة الاستمرار ، وإن كان لا يشترط فيه الدوام . ويترتب على ذلك ثبوت الولاية على من يصاب بعارض من عوارض الأهلية لثبوت عجزه عن مباشرة تصرفاته ، شأنه فى ذلك شأن عديم الأهلية أو ناقصها بسبب الصبا . وهذه الصفة هى أهم ما تتميز به عوارض الأهلية عن غيرها من الأمور التى قد تلتبس بها .

ثالثاً : أنها أمور تؤثر فى التمييز والعقل أو فى الرشد : فلما كانت الأهلية مناطها التمييز بالعقل أو العقل والرشد عند معظم الفقهاء ، لزم أن يكون العارض المنافى لها مؤثراً فى هذه الأمور أيضا . فإذا توفر العقل والرشد توفرت الأهلية ولا يؤثر فيها ما قد يطرأ للشخص من أمور تجعل تصرفه معيبا أو موقوفا على اجازة غيره نظرا لانعدام رضاه أو لمنع الشارع إياه من التصرف محافظه على حقوق الغير التى تتأثر من هذا التصرف .

وعلى ذلك يلزم التمييز بين عوارض الأهلية والأمور التى قد تشابهها من حيث آثارها وإن اختلفت عنها من حيث طبيعتها كعيوب الرضا وأحوال المنع من التصرف .

أولا : تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا :

عوارض الأهلية كما سبق أن بينا أمور طارئة للانسان تؤثر فى عقله أو فى رشده . وهى حالة مرضية لها صفة الاستمرار ، تؤثر فى قدرة الشخص على أن تنتج تصرفاته الشرعية آثارها . ونظراً لانعدام هذه القدرة أو ضعفها يولى عليه ويقوم وليه أو وصيه بمباشرة تصرفاته نيابة عنه كما فى الجنون والعته والسفه والغفلة .

أما عيوب الرضا فهى أمور وقتية تطرأ للشخص بصدد تصرف معين تجعل رضاه معيباً فلا ينتج التصرف أثره لعدم توفر الرضا اللازم لصحة التصرفات ، كما فى الإكراه والجهل (الغلط فى التصرفات) . وهذه الأمور وإن أثرت فى التصرف الذى شابته ، فإنها لا تخل بأصل صلاحية الشخص فى إبرام هذا التصرف لعدم تأثيرها فى العقل أو الرشد ، لذلك لا يولى على من شاب تصرفه عيب يؤثر فى رضاه .

ثانياً : تمييز عوارض الأهلية عن أحوال المنع من التصرف :

قد يمنع الشخص من إبرام التصرف بالرغم من سلامة عقله وتوفر رشده . هذا المنع لا أثر له على الأهلية لأنه لا يخل بصلاحية الشخص فى مباشرة التصرفات. ويرجى من المنع تحقيق مصلحة مشروعة ، غالباً ما تكون هى المحافظة على حقوق الغير التى تتأثر بالتصرف كما يبين ذلك فى الحالات الآتية : —

١ — مرض الموت :[1]

اعتبر جمهور الفقهاء مرض الموت من عوارض الأهلية على أساس أنه يغير فى بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة فيمنعها عن الثبوت . ولم يعدوه عارضاً حقيقياً لأنه لا يؤثر فى الأهلية بنوعيها نظراً لثبوت الذمة والعقل[2].

ولقد قيد الفقهاء الشرعيون تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة على أساس أنه فى حالة المرض تتعلق بماله حقوق دائنيه وورثته : حق الدائنين

(١) هو المرض الذى يغلب فيه الهلاك عادة ويعقبه الموت متصلا به . راجع : المبسوط ج ١٨ ص ٢٦ . والبدائع ج ٧ ص ٢٢٤ . ورد المحتار ج ٢ ص ٧١٧ . والبحر الرائق ج ٤ ص ٤٦ . والفتاوى البزازية ج ١ ص ٢٩٩ بهامش الهندية . وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢٣٩ . والدر المختار ج ١ ص ٣٨١ . والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٤٨ .

(٢) البزودى ج ٤ ص ٣٠٨ . والتقرير والتحبير ج ٢ ص ١٨٦ .

فى استيفاء ديونهم من هذا المال ، وحق الورثة فى أن يخلص لهما ثلثا التركة بعد قضاء الديون . وتعلق حق الدائنين والورثة بمال المريض لأن المرض سبب الموت غالباً ومقدمة له فأقيم مقامه من حيث تعلق حقوق هؤلاء بمال صاحبه [١] .

والقاعدة هى منع المريض من كل تصرف يترتب عليه الإضرار بالدائنين أو الورثة إلا إذا كان التصرف من حاجاته الخاصة أو متصلا بها ، فإنه حينئذ يخرج عن دائرة المنع كالنفقة الضرورية على نفسه ، وعلى من تجب عليه نفقته بالمعروف ، وزواجه بمهر المثل ... ألخ .

وتصرفات المريض مرض الموت ليست باطلة لأن هذا المرض لا يعتبر عارضاً من عوارض الأهلية طالما أنه لا يؤثر فى العقل أو الرشد . فتصرف المريض يعتبر صحيحاً نافذاً ولو تناول جميع ماله إذا لم يكن له ورثة أو دائنون . ولو كان منعه من التصرف يرجع لعيب فى أهليته لما أجيز تصرفه سواء أكان له ورثة ودائنون أم لا .

ولقد ثار الخلاف بين المحاكم المصرية والشراح بخصوص طبيعة مرض الموت .

فذهب بعض الشراح إلى اعتباره عارضاً من عوارض الأهلية [٢] . وبهذا أخذت بعض الأحكام ، فقضى بأن « فى مرض الموت معنى الحد من الأهلية الكاملة لدى المريض . والغرض من هذا الحد رفع الإيثار بين الورثة » [٣] .

---

(١) محمد زيد . الأحكام الشرعية ج ٣ ص ٣١٨ وما بعدها . وأحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ص ٣٩ .

(٢) ذهب فتحى زغلول إلى القول بأن مرض الموت يجعل رضا صاحبه غير صحيح لما قد يكون للمتعاقد معه من تأثير عليه وهو فى هذه الحالة (شرح القانون المدنى ص ٢٢٨) . وهذا القول غير سليم لأنه مرض الموت فى حد ذاته لا يخل بالعقل ولا يعيب الرضا .

(٣) محكمة طنطا الكلية ، ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ ، المحاماة رقم ٣٧ ص ٦٧ السنة الحادية عشرة .

والرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء يقضى بعدم اعتبار مرض الموت عارضاً من عوارض الأهليـة . فتصرف المريض ، وإن أضر بالدائنين أو الورثة يعتبر صحيحاً ، ولا يجوز لهم طلب إبطاله لأنه صادر من أهله ، وإنما يعتبر فقط غير نافذ فى حقهم . وتطبيقاً لذلك حكم بأن « تقييد تصرفات المريض مرض الموت فى الشريعة الإسلامية ليس سببه عدم أهلية المريض ، بل هو المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من إيثار بعضهم على بعض[1] » . كما حكم أيضاً بأن « العقد الصادر من المريض مرض الموت ، لا يوصف بالصحة أو البطلان بالنسبة للغير ، إنما يكون غير نافذ فى حقه كما يقول الفقهاء . ولهذا فلا حاجة به إلى أن يتمسك ببطلان هذا العقد ولا بصحته لأن العقد غير نافذ فى حقه حتى ولو كان فى ذاته صحيحاً . فطلب الغير إذا إبطال هذا العقد ليس الغرض منه البطلان النسبى للعقد ، إنما الغرض هو عدم سريان هذا العقد عليه . والنزاع الذى هو موضوعه عـدم سريان العقد على من لم يـكن طرفا فيه وباعتبار أنه أضر بحق له مشروع هو نزاع خارج عن هـذا العقد بالمرة سواء من ناحية أصل هـذا العقد أى أركانه وشروط صحته أو من ناحية أخرى من نواحيه[2] » .

٢ — الرق :

بينا فيما سبق مدى اختلاف الفقهاء فى أهلية الرقيق[3] . ورأينا أن غالبيتهم قررت إنعدام أهليته للوجوب ، ورتبت على ذلك القول بانعدام أهليته للأداء .

---

(١) محـكمة الزقازيق الابتدائيـة — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ — المحاماة رقم ١٦٠ ص ٢٥٧ السنة التاسعة . راجع أيضاً محكمة مصر الـكلية — ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة رقم ٦٤٥ ص ١٢٥٧ السنة الثالثة عشرة . ورد فى هذا الحـكم « لا شبهة فى أن عدم نفاذ تصرفات المريض شرعاً ليس مرجعه نقصاً فى الأهلية ، بل هو قيد خاص شرع لمصلحة الورثة أو دائنى التركة » .

(٢) محكمة استئناف مصر، ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٦ رقم ١٦ ص ٢٥ السنة الثامنة عشرة .

(٣) راجع ص ٤٠ .

ولكننا نرى أن الرق لا يؤثر فى الأهلية بنوعيها لقيام العقل والذمة ـ فلكل إنسان ذمة ثابتة له بناء على العهد الماضى الذي تم بين الرب والعبد ، والرق لا ينفى وجودها لأنها ثابتة بحكم الشرع [١] . أما قول الفقهاء بأن للرقيق ذمة من حيث هو إنسان ولا ذمة له من حيث هو مال فقول غير مستساغ لأن الذمة إذا ثبتت فإنها لا تتجزأ . وإنعدام ملكية الرقيق لا يرجع لعدم صلاحيته لوجوب الملك ، إنما يرجع لثبوت حق مولاه ، إذ هو وما ملكت يداه لسيده . يدل على ذلك أنه لو أذن له مولاه بالتملك لزال المنع من وجوب الملك ، كما قال بذلك معظم الفقهاء [٢] .

وكذلك الحال بالنسبة لأهلية الرقيق للأداء فنرى أنها متوفرة له طالما أنه بالغ عاقل رشيد . أما منعه من مباشرة التصرف فلا يرجع لإنعدام أهليته ، إنما أساسه إنعدام سلطته . يدل على صحة قولنا ما يلى :—

ا — يستطيع الرقيق أن يباشر عقد المكاتبة لقوله تعالى « وكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » . ومعنى المكاتبة أن يتعهد العبد بأداء قدر معين من المال على أن يكون حراً إذا نفذ ما تعهد به . فلو كان الرقيق عديم الأهلية لما استطاع أن ينشىء بعبارته عقداً .

ب — الرقيق من أهل التبرعات ، إنما منع من التبرع لحق مولاه . يدل على ذلك أنه لو أوصى الرقيق بشىء إلى ما بعد عتقه ، ثم أعتق ومات فإن وصيته تصح لزوال المانع .

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن العبد لاذمة له ، فهى مملوكة للمولى بدليل أنه لو أقر على العبد بدين صح إقراره ، ولو لم تكن مملوكة له لما صح هذا الإقرار . يرد على ذلك بأن صحة هذا الإقرار ترجع إلى أن السيد مالك لمالية العبد ، ولا ترجع إلى كونه مالكا لذمته بدليل أن إقرار السيد لا يصح إلا بقدر مالية الرقبة . ولو كان هذا الإقرار يصح باعتبار أنه مالك لذمته لصح الإقرار بما زاد عن ماليته كما لو أقر على نفسه . وهو فى ذلك كالوارث يقر بالدين على مورثه وإن لم تكن ذمته مملوكة له (البزدوى جـ ٤ ص ٢٩٧) .

(٢) مالك والشافعى فى مذهبه القديم وابن حنبل فى إحدى الروايتين .

بعكس الصبى إذا أضاف الوصية إلى ما بعد إدراكه ثم مات بعد الإدراك لم تصح الوصية لعدم صلاحية عبارته لإنشائها [١].

ج — لو أقر العبد بدين على نفسه صح إقراره ووجب الدين فى ذمته ، بدليل جواز كفالته ويمكن مطالبة الكفيل فى الحال ، أما العبد فلا يطالب إلا بعد العتاق [٢].

٣ — الأنوثة :

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة لا تستطيع أن تباشر وحدها عقد نكاحها بل لا بد من وجود الولى . كما يرى مالك أنه ليس للمرأة أن تتبرع إلا بإذن زوجها . وسواء أكان الأمر متعلقاً بعقد المرأة لنكاحها بنفسها أم بالتبرع بمالها دون إذن زوجها فإنه لا يعدو أن يكون فى طبيعته منعاً من التصرف لأسباب مختلفة سترد فى بحث مقبل .

خلاصة :

نستنتج مما سبق أن عوارض الأهليه هى الأمراض التى تؤثر فى العقل ، أو فى الرشد عند الفقهاء الذين يستلزمونه لكمال الأهلية . وبذلك تكون العوارض فى جملتها هى :

أولا : عوارض تؤثر فى العقل ؛ وهى الجنون والعته .

ثانياً : عوارض تؤثر فى الرشد ، وهى السفه والغفلة عند جمهور الفقهاء ، (وكذلك الأنوثة عند بعض الفقهاء).

والآن نبحث هذه العوارض وفقاً للتقسيم المذكور .

---

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٢٩٦ .

الباب الأول

الامراض المؤثرة فى العقل

الجنون والعته

قلنا فيما سبق إن الأهلية مناطها التمييز بالعقل . والعقل أساس الرضا الحقيقي فى التصرفات والعقود . ولما كان الصغير عديم الأهلية لانعدام عقله ، كان لزاماً قياس هذا الحكم على كل فاقدى العقل كالمجنون والمعتوه . وانعدام الأهلية هنا ثابت بالحديث الشريف القائل « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون والمغلوب على عقله حتى يبرأ ،وعن النائم حتى يستيقظ ،وعن الصبى حتى يحتلم » .

الفصل الأول

ماهية الجنون

أولا : عند علماء الشرع :

عرف فقهاء الشريعة الجنون بأنه فقدان العقل أو اختلاله . وقسموا الجنون بحسب سببه إلى أصلى وعارضى . ففى النوع الأول يولد الإنسان بأصل خلقته فاقد العقل « فلا يصلح لقبول ما أعدلقبوله كعين الأكمة ولسان الأخرس ، وهذا النوع لا فائدة من الاشتغال بعلاجه » . وفى النوع الثانى يولدالإنسان ومعه أصل العقل، ولكن تطرأ عليه آفة قدتفقده «فيزول الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة بسبب رطوبة مفرطة أو يبوسه متناهية ، وهذا النوع يعالج بما خلقه اللهمن الأدوية » . وقد تحدث به خللا مع بقاء أصل العقل « نتيجة استيلاء الشيطان عليه فيخيله الخيالات الفاسدة و يفزعه فى جميع أوقاته . وهذا النوع يعالج بالتعاويذ والرقى »[1] .

---

(١) التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٧٣ ، والتلويح على التوضيح ج ١ ص ٢٦٧ ، والبزدوى ج ٤ ص ٢٦٤ .

التفرقة بين الجنون والعته :

اضطربت أقوال الفقهاء فى التفرقة بين الجنون والعته .

فالبعض اعتبر العته نوعاً من الجنون من حيث أن كلا منهما يفقد العقل ، واختلفوا فى التفرقة بينهما . فمنهم من قال إن الجنون يصاحبه اضطراب وهيجان ، أما العته فيلازمه الهدوء . ومنهم من قال ان الجنون لا تعتريه فترات إفاقة ، أما العته فتتخلله هذه الفترات . ولهذا أطلق الأتقانى على الذى يجن ولا يفيق اسم المجنون المغلوب وعلى الذى يجن ويفيق اسم المعتوه (١) .

والبعض الآخر اعتبر العته أمراً مستقلا عن الجنون . فالأول ينقص العقل ويلحق صاحبه بالصبى العاقل ، والثانى يعدمه ويلحق صاحبه بالصبى غير العاقل (٢) . جاء فى التبيين (٣) « والمعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته ، ورفع التكليف عنه ، وهو الناقص العقل ، وقيل هو المدهوش من غير جنون . واختلفوا فى تفسيره اختلافاً كبيراً ، وأحسن ما قيل فيه : هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون » . ولقد نقلت المجلة هذا التعريف فى المادة ٩٤٥ فقالت « المعتوه هو الذى اختل شعوره ، بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا » .

وقال البعض (٤) فى الحد الفاصل بين العاقل والمجنون والمعتوه : « إن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده . والمعتوه من يختلط كلامه وأفعاله . فيكون هذا غالباً وذاك غالبا فكانا سواء » .

---

(١) راجع التبيين ج ٥ ص ١٩١ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٢٧٤ .

(٣) التبيين للزيلعى فى شرحه على الكنز ج ٥ ص ١٩١ .

(٤) جامع أحكام الصغار للاستروشنى بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١٠٦ .

والظاهر أن الفقهاء الشرعيين فرقوا بين نوعين من العته : أحدهما يعدم التمييز فيلحق صاحبه بأول أحوال الصبا ، واعتبروه جنوناً ، إلا أنه جنون هادئ لا يصحبه هيجان ، وثانيهما يضعف التمييز و يلحق صاحبه بآخر أحوال الصبا ، فيصير مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء و بعضه كلام المجانين وكذا فى سائر أموره[١] .

ثانياً — فى القانون المصرى :

لم يعرف القانون المصرى العته أو الجنون ، كما لم يفرق بينهما فى أحكام الحجر والتصرفات . ولقد أحسن المشرع المصرى صنعا بعدم اعتداده بهذه التفرقة ، و بإلحاقه المعتوه عموما بالمجنون دون الصبى المميز . ذلك أن الأخير سليم العقل لم تصبه آفة ، فأصل التمييز متوفر لديه ولو أنه تمييز ناقص نظراً لعدم اكتمال عقله وهو مع ذلك يستطيع التمييز بين الخير والشر ، فى الحدود التى تسمح له بها تجاربه . أما المعتوه فهو ذو علة فتمييزه مختل ، لا تنقصه التجارب فحسب ، كما هى الحال فى الصبى المميز .لذلك لا تنفعه التجربة ولا تزيد من معرفته للأمور شيئا .

ثالثا — فى الطب الحديث

يقسم الأطباء الأمراض التى تصيب العقل قسمين رئيسيين[٢] :

أولا . النقص العقلى .

ثانياً : الاضطراب العقلى . و إليك أهم أنواع أمراض العقل التى تندرج تحت هذين القسمين الرئيسيين :

---

(١) البزدوى ج ٤ ٢٧٤ .

(٢) عبد الحميد عامر وسدنى سميث ص ٤٦٩ .

أولا : حالات النقص العقلي Amentia

يقصد بالنقص العقلي عدم تمام نمو المدارك العقلية ، فيولد الشخص ناقص العقل بسبب خلقى ، أى تنقصه ملكة ذهنية معينة من يوم ميلاده .

و يتدرج النقص العقلى من العته إلى البله إلى الضعف العقلى :

١ — العته idiocy هو أحط الدرجات حيث لا نمو فى العقل تقريباً .

و يتميز المعتوه بعدم القدرة على الكلام والانتباه والقيام بحاجاته الضرورية البسيطة . و بالرغم من أن أعضاء الحس لديه كاملة من الوجهة التشريحية فإن حواسه تكاد تكون معدومة من الوجهة الوظيفية ، وهو لا يستطيع أن يتعرف على أهله أو على الأشخاص القائمين بخدمته .

وهناك درجة أخف وطأة من هذا العته المطلق Absolue حيث يستطيع المصاب أن يتكلم بعض الكلمات و يتمتم بألفاظ غير مفهومة و يصرخ كالطفل إذا جاع أو إذا مسه أذى و يستطيع أن يحس ببعض ما حوله ، كما أن انتباهه متقطع . وقد يكون له مواهب محدودة فى ناحية معينة كالموسيقى فيسمع الأصوات التى تعجبه و يرددها، أما ما عداها من الأصوات فلا يسمعها ، ولا شعور عنده بالخطر ، وكثيراً ما يمزق ملابسه و يقرض أظافره و يمارس العادة السرية مرات عديدة يومياً .

٢ — البله Imbecility يشمل العته كما يشمل درجات أرقى حيث يكون المصاب قابلا للتعليم والتربية إلى درجة بسيطة لا تصل فى النهاية إلى تخطى سن السادسة أو السابعة من الناحية العقلية . و يمكن تعليم البلهاء القراءة ولكنهم لا يستطيعون إدراك ما يقرأون

٣ — ضعيف العقل Weak Minded وهو المصاب بنقص عقلى لا يصل إلى درجة البله . و يتميز هذا النوع بالحماقة وحدة المزاج و بالتسرع فى الحكم على الأشياء و يصدق كل ما يقال له دون تمحيص . وغالباً ما يتمتع بذاكرة قوية جداً ، ذلك أن الذاكرة تتقوى على حساب الملكة العاقلة .

ثانيا : حالة الاضطراب العقلى Dementia

فى هذه الحالة يصل العقل إلى نموه الطبيعى ثم يأخذ فى الضعف ، أى أن المدارك العقلية تنقص بعد تمام نموها وهذا الاضطراب هو الجنون بعينه .
وقد يكون الجنون عاماً ، أعنى أن القوى العقلية للمريض تكون مضطربة بصفة عامة فيصبح تقديره وتصوره للأمور مختلفاً عن تقدير العاقل وتصوره . وهذا الجنون قد يكون مستمراً وقد يكون متقطعاً أى يأتى فى فترات مختلفة يعقبها فترات وعى وإدراك وتسمى بفترات الإفاقة Intervales lucides .

وقد يكون الجنون جزئياً أى خاصاً بناحية معينة (Mania) فيكون الشخص سليم القوى فيما عدا ناحية معينة حيث تتملكه فكرة خاطئة أو اعتقاد خاطئ .

وإليك أهم الأنواع المختلفة لحالات الاضطراب العقلى :

١ — جنون الفصام أو الجنون المبكر [١] Dementia Precox

تظهر أعراض هذا المرض عادة لأول مرة بين المراهقة وسن الخامسة والعشرين بعد صدمة نفسية أو مرض جثمانى . وتبدأ بميل المريض للعزلة وتجنبه للمجتمعات فيفضل الجلوس وحيداً شارد الذهن ، وكثيراً ما يتجه إلى الانشغال بأمر ما كالموسيقى أو قراءة الروايات . وقد يندفع إلى العبادة بشكل ملموس وتجده يعيش فى هذا الجو الذى يلائمه هروباً من الواقع .

ويتميز جنون الفصام باختلال الجانب الانفعالى للمريض إذ تنقسم شخصيته فلا يوجد توافق بين إرادته وأفعاله ولا بين تفكيره وانفعاله ، يضحك فى حالة الحزن ويبكى فى حالة الفرح . وإذ تراه هادئاً تراه يقوم فجأة بعمل عنيف

(١) Frederick. W- Price. A. text Book of the Practice of Medecine. P. 1853—1876.

كالقتل ثم يعود إلى هدوئه وهو يضحك غير مكترث بما فعل . و إذ تراه ينفعل بدون مناسبة تراه يقابل موقفاً مثيراً ببرود تام[١] .

و ينقسم جنون الفصام إلى ما يلى :

(ا) الفصام البسيط : و يتميز بهدوء المريض وشرود ذهنه وتغير فى طباعه فلا يمكنه متابعة عمله ، وتشتد الأعراض ثم تهدأ و يتكرر ذلك عدة مرات .

(ب) الفصام مع العقائد الوهمية : وفيه تسيطر على المريض بعض الأفكار الخاطئة ، فيصاب بالهذيان Delusion أى يعتقد فكرة خاطئة لا أساس لها من الصحة، وغالباًما تكون هذه الأفكار اضطهادية ، وتختلف بحسب الوسط الذى يعيش فيه ، فإن كان طالباً تراه يعتقد أن زملاءه يعاكسونه وأن مدرسيه يضطهدونه ، فيعيش منغصاً بهذه الأفكار فيضطرب تفكيره ولا يمكنه متابعة دراسته ، فإذا رسب اعتقد أن مدرسيه تعمدوا ذلك .

(ج) الفصام الكتاتونى Katatonia : وفيه يتحول المريض إلى شبه تمثال أصم فيمكث ساعات طويلة فى وضع معين لا يغيره مهما كان هذا الوضع متعبا ، فيظل طول اليوم رافعاً ساقه أو يده ، وقد ينام رافعاً رأسه عن الأرض دون أن يشعر بأى تعب . وفى بعض أنواع الكتاتونيا قد لا يتكلم المريض إلا كلمة أو جملة واحدة يرددها دائماً بسرعة و باستمرار .

(د) الفصام مع التهيؤات : هو أكثر أنواع الفصام حدة و يتميز بالهلوسه Hallucination ، فيسمع المريض أصواتاً أو يرى أشياء لا وجود لها . وهذه التهيؤات بصرية كانت أو سمعية تزعج المريض وتجعله يتهيج و يهذى بكلمات غير مفهومة . وفى بعض الأحوال يخيل المريض أنه شخص آخر أو أن من حوله لا وجود لهم .

---

(١) محاضرات للدكتور محجوب ثابت ألقاها على طلبة المعهد الجنائى سنة ١٩٤٤ .

٢ — جنون الشيخوخة :

هو ضعف عقلى يتمشى مع الضعف الجسمانى فى سن الشيخوخة و به يقع المريض فريسة للهذيان فيظن السوء بأقاربه و بمن حوله، و يعتقد أنهم يدبرون له المؤامرات لاختلاس أمواله ، و يشك فى سلوك زوجته وتنقص القوى العقلية للمريض وخاصة قوة الذاكرة . وغالباً ما يمثل طيش الشباب فيرتكب بعض الجرائم الجنسية و يفسق بالأطفال ذكوراً كانوا أم إناثاً و يكشف عن عورته ، وهذا ما يسمى بالعرض Exhibitionisme .

٣ — الشلل العام الجنونى :

general peralised insane, Demantia paralitica

ينشأ هذا المرض نتيجة إصابة المخ بالزهرى و يبتدىء ظهوره بعد سن الأربعين ، وفيه تحصل إرتعاشات بعضلات الوجه واللسان واليدين ، و يكون الكلام بطيئاً مصحوباً بتلعثم . وتضعف قوة الحواس وينقص التمييز ، وغالباً ما يتوهم المريض إزدياد ثروته وأنه يمتلك القصور الفاخرة والأراضى الشاسعة فيقدم على مشروعات مالية كبيرة تؤدى إلى خرابه . وفى نهاية المرض تضعف القوى الجسمانية ولا يقوى المريض على مغادرة الفراش و يفقد كل قواه العقلية .

٤ — الجنون الدورى [١] : Manic depresive Psychosis

سمى هذا الجنون بالدورى لأن المريض ينتقل من حالة التهيج إلى الهبوط وهو يشمل الهوس والملانخوليا وجنون الحمل .

(١) الهوس Mania هو آفة عقليه مصحوبة بتنبيه عقلى زائد تنشط فيه انفعالات المريض فيغالى فى الفرح أو الحزن أكثر مما يقتضيه المقام . وتقفز

---

(١) المرجع السابق ص ١٨٥٢ .

أقواله وأفكاره من موضوع إلى موضوع فتختلط ببعضها وينشأ عن ذلك أقوال وأفعال هذيانيه فيندفع المصاب بلا فكر ولا ترو إلى أعمال مختلفة عديمة الجدوى .

(ب) الملانخوليا Malencholia . يتميز مريض الملانخوليا بازدياد حزنه وشؤمه فيتخيل أنه مصاب بمرض فتاك لا أمل له من شفائه ، وقد يعتقد أنه ارتكب خطأ لا سبيل لغفرانه . وغالباً ما يصاب بهلوسة سمعية فيسمع أصواتاً تؤنبه على ما ارتكب من ذنوب لا وجود لها إلا فى مخيلته ، وقد يحاول التكفير عنها بفقء عينيه أو قطع بعض أعضائه ولا سيما الأعضاء التناسلية التى يعتبرها مصدر خطاياه . وربما لا يكفى هذا التكفير فى نظره فيعمد إلى الانتحار والتخلص من الحياة ، وغالباً ما يلجأ إلى قتل أحبائه قبل الانتحار اشفاقاً عليهم من أن يكونوا ضحية لليتم والعوز .

(ج) جنون الحمل والنفاس والرضاع : قد تصاب المرأة أثناء الحمل أو بعد الوضع لغاية إنتهاء الرضاعة بانحطاط فى قواها العقلية فتصاب بالتخيلات الهذيانية . وقد تلجأ إلى الانتحار أو قتل رضيعها أو زوجها ، وربما تنسى الأم جريمتها ثم تعود وتتذكرها بعد زمن طويل . وقد يكون هذا التذكر منحرفاً Prevented فتعتقد أن ضرتها أو زوجها أو أحد أقاربها هو الذى قتل وليدها .

٥ — الجنون الخلطي : Confusional psychosis

يحصل هذا الجنون نتيجة لوجود سموم معينة بالجسم كما فى جنون الحشيش الناشىء عن الادمان على تعاطى المخدرات وكما فى الجنون الكؤولى الناشىء عن الادمان على شرب الخمور وكما هو الحال أيضاً فى مرض البللاجرا ، وهو مرض جسمى ناشىء عن نقص فى أحد أنواع فيتامين « ب » .

وهذا الجنون يصحبه أعراض هذيانيه وهلوسة سمعية و بصرية . وغالباً ما يفقد

المريض قوة إدراكه وتمييزه بحيث لا يعرف من حوله ولا يفهم ما يقـال له ويصاب المريض باضطراب فى جهازه الهضمى أو التناسلى . وقد يعتقد أن سبب هذا الاضطراب يرجع إلى أن زوجته تدس له السم فيتهمها بالخيانة وسوء السلوك . ويتفق جنون الخلط مع الملانخوليا من حيث أن المريض يلجأ إلى القتل قبل الانتحار . ولـكنهما يختلفان من حيث أن القتل فى الحالة الأولى مقصود به الاشفاق على المقتول بينما فى الحالة الثانية يقصد به الانتقام والتشفى .

٦ — البارانويا أو جنون العظمة [1] : Baranoia

يتمتع مريض البارانويا بذكاء عادى أو فوق العادى . وقد يبدو لأول وهله منطقياً سليم التفكير . ولـكن بالتدقيق فى تصرفاته تجده شديد الحذر يبدو عليه الحرص والمكر . فإذا ناقشته سرد لك قصصاً كثيرة تدور حول شخصيته واضطهاد الناس له أو تقديرهم وتعظيمهم إياه . وغالباً ما يعتقد فكرة خاطئة يوجه لها كل تفكيره ويجعها موضوع حديثه ويحاول أن يقنع كل من يقابله بمنطقه وبرهانه . ولا يمكن اقناعه بخطئه أو بأنه واهم فى اعتقاده ، ومن يحاول ذلك يعتبره المريض عدواً له .

ويغالى المريض فى تقدير نفسه فتظهر عليه علامات الكبرياء فيتوهم أنه إله تجب له الطاعة ، أو أن الوحى هبط عليه فأصبح رسولا من عند الله فيأخذ فى نشر دعوته بمختلف الطرق والوسائل محاولا التأثير على الناس بخرافاته وخزعبلاته ، أو يعتقد أنه من سلالة الملوك وأن له الحق فى العرش ويتأذى من عدم قيام الناس له بالاحترام الذى يتناسب مع معتقده الخاطىء . وأكثر حالات البارانويا شيوعاً النوع الاضطهادى ، فيشكو المريض من أن من حوله يضطهدونه

(1) Warner, E.C., Savill'S. Systeme of Clinical Medicine. P. 1093-1094.

ويتكلمون عنه بالسوء وأنهم يحاولون هدم فكرته ويدبرون المؤامرات للقضاء عليه .

ويتميز مريض البارانويا عن مريض الفصام بأن هذيانه ينتظم فى إطار محكم ثابت وأن انفعاله متوافق مع أفكاره . وقد يكون هذيانه متعلقاً بأمور جنسيه فيهيم بفتاة معينة ويعتقد أنها تحبه ولكنها لا تظهر حبها خوفا من قوم معينين يمنعون عنه فتاة أحلامه أو أن زميلا له ينافسه فى زواجها ويحيك له الدسائس لمنعه من هذا الزواج .

وكثيراً ما يقدم شكاوى للبوليس أو النيابة طالباً رفع الظلم عنه ، فإذا حفظت اعتقد ان ذلك نتيجة لحصول المحقق على رشوة من أعدائه الوهميين .

حالات متفرقة :

١ — الصرع(١) Epilepsy

نوبة الصرع فى العادة نوبة تشنجية تدوم دقائق قليلة يفقد المريض خلالها وعيه ثم تنتهى النوبة ويظل المريض فترة تطول أو تقصر فى شبه نوم عادى . وقد يسبقها اضطراب خاص فى الحس يسمى بالنذير Aura .

وهناك نوبة صرعية صغيرة تعرف باسم Petit mal فيها يفقد الصريع وعيه لفترة قصيرة لا تتعدى ثوان ويتوقف الشخص عن الكلام أو العمل فى هذه الفترة ثم يعود لمتابعة ما كان يعمله . وقد يأتى المريض بعد هذه الفترة بأعمال تلقائية خطيرة Post Epylyptic Automatism. فقد حدث أن سيدة كانت تقطع الخبز بسكين فأتتها نوبة صرعية فأخذت تقطع فى رقبة طفلها ولما أفاقت استمرت

---

(١) عبد الحميد عامر وسدنى سميث ، الطب الشرعى ص ٤٨٠ .

تقطع الخبز واذا بها تجد ابنها جثة سابحة فى بركة من الدماء .

ولا يعتبر الصرع مرضاً عقلياً ، إنما هو مرض عصبي يوقف استعمال العقل فى فترة النوبة . لذلك لا يسأل المريض بهذا الداء عن الأعمال التى تصدر منه فى هذه الفترة ، وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً ؛ حتى إذا انتهت النوبة عاد الإنسان إلى حالته الطبيعية وأصبح مسئولا عن أعماله وتصرفاته .

٣ — اليقظة النومية :

قد يصاب الانسان باليقظة النومية فيقوم من نومه و يأتى أعمالا مختلفة وكأنه فى حلم ، فاذا أصبح تجده لا يذكر مما فعله شيئاً . وتأخذ التصرفات الصادرة فى هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة من النائم .

الفصل الثانى

أحكام الجنون والعته

المبحث الأول

فى الشريعة الإسلامية

قلنا فيما سبق إن التكليف مرفوع عن المجنون لأنه لا تكليف بلا عقل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبى حتى يعقل». فالجنون يعدم أهلية الاداء كلية، فتهدر عبارة المجنون ولا يؤاخذ بإقراره ولا يقام عليه الحد. ولكن ذلك لا ينفى أهليته للوجوب لأن هذه الأهلية تثبت بناء على وجود الذمة لدى الآدمى، وكل إنسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحقوق له وعليه. لذلك يثبت فى ذمته الالتزامات الناشئة عن التصرفات التى يباشرها عنه وليه والالتزامات الناشئة عن أفعاله لأنه غير محجور عليه فى حق الأفعال، فالفعل إذا وقع لا يمكن رده، إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع. أما عبارته فيمكن ردها، لذلك يعتبر تصرفه باطلا بطلاناً كليا وتنتفى عنه العقوبات البدنية، كما هو الحال بالنسبة للصبى غير المميز تماماً.

ووفقاً للشريعة الإسلامية يعتبر المجنون والمعتوه محجوراً عليهما لذاتهما أى بمقتضى الشرع دون حاجة إلى صدور حكم من القاضى. ويستثنى من ذلك المذهب المالكى إذ استلزم صدور الحجر من الأب أو الوصى أو الحاكم[1]. ولا يرتفع الحجر عن المجنون والمعتوه إلا بالإفاقة وزوال علتهما. هذا إذا كان الجنون أو العته طارئا بعد البلوغ. أما إذا ابتليا به قبل ذلك فلا يرتفع الحجر بمجرد البلوغ عن إفاقة بل لابد أيضاً من إيناس الرشد عند من يشترطه[2].

---

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشى جـ ٤ ص ٢٠١.

(٢) الحطاب على سيدى خليل جـ ٥ ص ٧٤.

و إذا كان الشخص يجن و يفيق فتصرفاته وقت إفاقته صحيحة ووقت جنونه باطلة، ولا صحة للرأى القائل إنه معتوه وأن تصرفاته موقوفة، لأنه فى حال الافاقة كامل الإرادة فيكون تصرفه سليما . ولقد جاء هذا المعنى فى المدونة الكبرى (١)، فورد فيها ما نصه « أرأيت الصبى والمجنون ما جنيا عن عمد أو خطأ بسيف أو غير ذلك أهو خطأ كله؟. قال مالك: نعم تحمله العاقلة إذا كان مبلغ الثلث فصاعداً، و إن كان أقل من الثلث، ففى أموالهم، و إن لم يكن لهم مال كان ذلك ديناً عليهم يتبعون به . و إن كان المجنون يفيق و يجن فما أصاب فى حالة جنونه فهو بمنزلة ما وضعت لك ، و إن أصاب فى حالة إفاقته فهو والصحيح سواء ، يقام ذلك كله عليه إن كان عمداً و إن كان خطأ حملته العاقلة إن كان مما تحمله العاقلة .

« قلت أرأيت المجنون الذى يجن و يفيق إذا قطع يد الرجل عمداً أو افترى على رجل أو فقأ عينه وذلك فى إفاقته ثم انتظر به برء الجراح فلما برئت الجراح قدم إلى السلطان وهو معتوه فى حالة جنونه وهو يجن فى رأس كل شهر ثلاثة أيام ، أتقيم عليه جرائره هذه أم تنتظر به حتى يفيق ثم تقيم عليه ما جنى ؟ . قال أرى أن يؤخر حتى يفيق ، وهو قول مالك » .

وخلاصة القول هى أن حكم المجنون كحكم الصبى غير المميز ، ولا يختلف عنه إلا من ناحية أنه إذا أسلمت زوجة الصبى غير المميز ينتظر حتى يبلغ و يعرض الإسلام عليه . أما إذا أسلمت زوجة المجنون فيعرض الإسلام على أبويه، فإن لم يسلما يفرق بين الزوجين . ووجه التفرقة بين الصبى غير المميز والمجنون يرجع إلى أن تمييز الأول له وقت معلوم ، أما إفاقة الثانى فليس لها وقت معلوم ، لذلك لا معنى للانتظار .

---

(١) المدونة ، ج ٤ ص ٤٨١ .

ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء بخصوص حق الولى فى مباشرة التصرفات التى تمس حالة المجنون (أو المعتوه) الشخصية كالزواج والطلاق ، و إليك البيان :

زواج المجنون :

يرى معظم الفقهاء جواز تزويج الأب أو وصيه لابنه المجنون إذا ظهرت حاجته للنكاح سواء كانت الحاجة لقضاء الشهوة أو للايواء والحفظ [١] . ذلك أنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته فى الحال ، جاز تزويج المجنون عند الحاجة من باب أولى .

و يرى الشافعى أن للحاكم تزويج المجنون لأنه يلى ماله . ولكنه قول مردود لأن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام والمجنون أولى . و يقصر الشافعى تزويج المجنون على حالة ما إذا كانت حاجته للزواج خاصة بقضاء الشهوة بأن يتبع النساء و يريدهن وأن يكون فى زواجه ذهاب لعلته . لذلك لا يجيز الشافعى تزويج المجنون غير البالغ لأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته [٢] .

تقييد الولى بمهر المثل : يرى الفقهاء أنه لا يجوز للولى أن يزوج المجنون بأكثر من مهر المثل لأن الزواج معاوضة فلا يجوز فيها الزيادة على عوض المثل . ولكننا نرى جواز تزويجه بأكثر من مهر المثل إذا رأى الولى فى ذلك مصلحة ، قياساً على جواز تزويج الأمة بأقل من مهر مثلها ، إذ أن المرأة لا ترضى بتزوج المجنون إلا إذا كان الزواج بمهر أزيد من مهر مثلها .

زواج المجنونة :

إن كانت المجنونة ممن يجبر جاز تزويجها لمن يملك إجبارها . لأنه إذا جاز إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . أما إن كانت ممن لا يجبر فننظر:

---

(١) ابن قدامه ، المغنى ، ج ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) الشرح الكبير ج ٨ ص ١٣٤٨ .

إن كان وليها الأب أو وصيه ، فيجوز له تزويجها . أما إن كان وليها الحاكم ففى ذلك وجهان : أحدهما أنه لا يجوز تزويجها لأنها ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب فى حال عقلها ؛ وثانيهما أن له تزويجها إذا ظهرت منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة لأن لها حاجة إلى الزواج لدفع ضرر الشهوة ، ولا سبيل إلى إذنها، فأبيح تزويجها . وقال الشافعى أنه لا يجوز تزويج الصغيرة بحال ويمكن تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها(١) .

طلاق المجنون :

لا يقع طلاق المجنون لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبى والمجنون »(٢) .

ومن المسلم به أنه لا يجوز لغير الأب تطليق زوجة المجنون أو الصغير حتى ولو كان ممن يملك التزويج كوصى الأب .

واختلف الفقهاء فى حق الأب فى تطليق زوجة المجنون . فيرى أبو حنيفة ومالك والشافعى أن ذلك غير جائز لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : إنما الطلاق لمن أخذ بالساق . ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه . ويرى عطاء وقتادة أن للأب التطليق لأن له ولاية يستطيع بموجبها تمليك البضع فيجوز أن يملك بها إزالته(٣) . ولكننا نرى أن الرأى الأول أوجه من الثانى ، ذلك بأن الطلاق فيه ضرر للمجنون لذلك لا يستطيع الولى مباشرته .

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٣٩٢ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ٣٤٣ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٣٧١ .

المبحث الثانى

فى القانون الرومانى

يتمشى القانون الرومانى مع الشريعة الإسلامية فى تقريره انعدام أهلية المجنون بمجرد جنونه دون حاجة لاستصدار حكم بذلك[1] . وإذا حجر على المجنون ، ثم أفاق فإنه يعتبر كامل الأهلية فى فترة الإفاقة حتى ولو لم يصدر حكم برفع الحجر عنه .

وكان القانون الرومانى القديم يقضى بتنصيب قيم Curator على المجنون واستلزم أن يكون القيم من أقار به الأعصاب أو أعضاء عشيرته .

واختلف الشراح فى تحديد كلمة Furiosus الواردة فى قانون الألواح الاثنى عشر . ففسرها البعض بالجنون بصفة عامة أيا كان نوعه سواء كان هادئاً أو مصحوباً بهيجان وسواء كان متقطعاً أو مستمرا . وقصرها البعض على الجنون المصحوب بهيجان دون غيره[2] . وكان قيم المجنون يباشر نيابة عنه جميع التصرفات القانونيـة . فإذا باشر المجنون أى تصرف كان باطلا بطلاناً كلياً ولا يمكن أن تلحقه اجازة القيم . وكانت القوامة تشمل شخص المجنون وأمواله نفيسة كانت أو غير نفيسة . وفى عصر جوستنيان أصبحت القوامة قاصرة على أموال المجنون دون شخصه . ووجد إلى جانب القوامة الشرعية المقررة لصالح الأعصاب وأعضاء العشيرة القوامة القضائية ، وأصبح لابد من موافقة الحاكم على القيم حتى ولو كان قيماً شرعياً[3] .

---

(١) بلانيول جـ ١ ص ٧٩١

(٢) مونييه جـ١ ص ٣٣٠ .

(٣) بدر والبدراوى جـ ١ ص ١٣٤ .

المبحث الثالث

فى القانون الفرنسى

نص القانون المدنى الفرنسى على وجوب الحجر على المجنون . و يصدر الحجر من المحكمة المدنية المختصة بعد فحص حالة المجنون العقلية ، و بموجب هذا الحكم ترفع يده عن إدارة أمواله ، ويسمى الحجر فى هذه الحالة بالحجر القضائى interdiction judiciare

إلا أن قانون ٢٣ يونيو سنة ١٨٣٣ عالج حالة أخرى شبيهة بحالة الحجر وهى حالة المجنون المحجوز فى مستشفى المجانين .

لذلك يفرق الشراح بين ثلاثة أحوال : الحالة الأولى ، المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز فى مستشفى . والحالة الثانية ، المجنون المحجور عليه . والحالة الثالثة ، المجنون المحجوز فى مستشفى .

(الحالة الأولى) : المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز فى مستشفى .

لا يعتبر هذا المجنون عديم الأهلية ، لأنه لا يعتبر عديم الأهلية إلا متى قرر القانون أنه كذلك ، ولكن الأعمال القانونية الصادرة ممن يدعى جنونه لا تكون باطلة إلا طبقاً للقواعد العامة . فيجب إذن أن يثبت أن من قام بالعمل كان مجنونا وقت التصرف الصادر منه . ومجرد قيام الدليل على أن الشخص يصدر منه أعمال جنونية أو أن حالته العادية حالة جنون لا يكفى وحده لإثبات أنه كان مسلوب الإرادة وقت صدور التصرف[1] .

و يفضل القانون الألمانى القانون الفرنسى من حيث أنه يقيم من الحالة العادية

---

(١) كابيتان ج ١ ص ١٨٥ . وبلانيول ج ١ ص ٧٩٠ .

للجنون قرينة على أن الشخص كان مجنوناً وقت التصرف ، وبذلك يعفى طالب البطلان من إثبات الجنون فى ذلك الوقت .

ويلاحظ أن القانون الألمانى والفرنسى لا يشترطان شيوع حالة الجنون الأمر الذى يترتب عليه إضرار بالغير الذى يتعرض للبطلان من غير أن يكون لديه علم بحالة الجنون .

نوع البطلان : يرى الفقه أن التصرفات الصادرة من المجنون الذى لم يتخذ معه إجراءات خاصة (حجر أو حجز) تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً أو بعبارة أدق منعدمة لانعدام ركن من أركان التصرف القانونى وهو الإرادة الواعية الحرة[١] . إلا أن القضاء الفرنسى يذهب مذهباً مخالفاً و يعتبر البطلان فى هذه الحالة نسبياً . لذلك لا يجيز لمن تعامل مع المجنون أن يطالب بالبطلان لانعدام مصلحته ولأن الواجب كان يقضى عليه بأن يمتنع عن التعامل مع من فقد عقله . ولا ترى المحاكم مبرراً للتفرقة بين المجنون الذى لم تتخذ معه إجراءات خاصة (الحجر أو الحجز) و بين المجنون الذى اتخذت معه هذه الإجراءات ، إذ اعتبر القانون التصرفات الصادرة من الأخير باطلة نسبيا[٢] .

ولكن هذا القضاء معيب والاعتبارات التى استند عليها واهية ، والقياس على التصرفات الصادرة من المجنون المحجور أو المحجوز قياس مع الفارق ، ذلك أن الحجر أو الحجز غيّر من طبيعة انعدام أهلية المجنون ، فبعد أن كان انعدام أهليته طبيعيا أصبح انعداماً قانونيا . فالبطلان فى الحالة الأخيرة يكون على أساس أن التصرف صدر من محجور أو محجوز ، لا على أساس أنه صدر من مجنون .

---

(١) جوسران ج ١ ص ٢ ، وبلانيول ج ١ فقرة ٣٣٧ .

(2) Bourdeaux, 22 avril 1896, D. P, 2, 455,

استحالة إثبات الجنون بعد الوفاة

نصت المادة ٥٠٤ فرنسي على أنه « لا يقبل الطعن بدعوى الجنون بعد موت الشخص فيما أبرمه من تصرفات أثناء حياته إلا إذا كان حجره محكوما به قبل موته أو كان قد سبق الادعاء به فى حال حياته ، وذلك ما لم يكن دليل الجنون ناتجاً من ذات التصرف المطعون فيه ». هذا النص يحرم على الورثة الطعن فى تصرفات مورثهم بحجة إبرامها فى حال جنونه . ويفسر هذا التحريم بعدة مبررات منها أنه من الصعب ، إن لم يكن من المستحيل ، تقدير حالة المورث العقلية وقت إبرام التصرف . أضف إلى ذلك أن الورثة كثيراً ما يدعون بالحق أو بالباطل جنون مورثهم ليتوصلوا بذلك إلى إبطال تصرف ضار بهم . وفى ذلك يقول كابيتان « لمَ لم يحجر عليه الورثة فى حال حياته ، وبمَ يفسر هذا العطف الذى لم يظهر إلا بعد وفاته ولن يستفيد هو من هذا العطف[1] ».

استثناءات

نص القانون الفرنسى على ثلاثة استثناءات للقاعدة السابقة خول فيها للورثة الطعن فى تصرفات مورثهم بسبب الجنون : —

١ — إذا كان إثبات الجنون واضحاً من نفس العمل المطعون فيه (مادة ٥٠٤) .

٢ — إذا كان العمل المراد الطعن فيه هبة أو وصية . هذا الحكم مستفاد من نص المادة ٩٠١ فرنسى التى تتشدد فى الهبة والوصية فتستلزم كمال عقل الموصى أو الواهب وقت التصرف . ولهذا الاستثناء ما يبرره لأن التبرعات هى التصرفات

---

(١) كابيتان جـ ١ ص ١٧٦ .

التى يخشى منها أن يستغل الغير ضعف عقل المتبرع ، وفيما يتعلق بالوصية لا يمكن للورثة الطعن فيها إلا بعد وفاة الموصى[١] .

٣ — إذا كان طلب الحجر قدم للمحكمة ومات المطلوب الحجر عليه أثناء نظر الدعوى . وفى هذه الحالة لا يمكن توجيه أى لوم إلى الورثة ، إذ يكون طعنهم فوق كل مظنة .

ولكن ما الرأى لو أن الورثة لم يطلبوا الحجر على مورثهم لأنهم كانوا قصرا أو غائبين ، هل يستطيعون الطعن فى التصرفات الصادرة من مورثهم لصدورها فى وقت جنونه ؟ . يرى الفقه إزاء سكوت المادة ٥٠٤ عن مواجهة هذه الحالة عدم أحقية الورثة فى ذلك ولو أنهم لم يكونوا مقصرين فى طلب الحجر أثناء حياة مورثهم[٢] .

(الحالة الثانية) : المجنون المحجور عليه L'aliené interdit .

عددت المادة ٤٨٩ فرنسى أسباب الحجر وهى : البله Imbecilité والعته Demence والجنون Fureur . وقال تاريبل[٣] Tarrible فى الهيئة التشريعية إن واضعى القانون قصدوا بلفظ البله ضعف العقل الناشىء عن تخلف الملكات الذهنية ، وقصدوا بالعته والجنون فقدان العقل . وفرقوا بينهما بأن الثانى يصحبه هيجان دون الأول . و يلاحظ أن التفرقة بين العته والجنون عديمة الفائدة ولا تظهر إلا فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين لهم حق طلب الحجر . فالنيابة العامة ليس لها طلب الحجر على المعتوه إلا إذا لم يكن له أقارب أو زوج . ولكن لها دائماً طلب الحجر على المجنون ولو كان له أقارب أو زوج إذا لم يطلبوا الحجر .

ولقد لاحظ الشراح الفرنسيون أن تقسيم الأمراض العقلية عديم الفائدة

---

(1) Gaz. Palais Civ, 4 Fevrier 1941.

(٢) كابيتان جـ ١ ص ١٧٦ .

(3) Planiol. t, I, P. 791:

من الناحية القانونية . فالمحكمة لا تدخل فى اعتبارها إلا صلاحية الشخص الطبيعية لإدارة أمواله بنفسه ، فإذا رأت أن عقله قد لحقه الخلل ولم يعد يسمح بإدراك مدى أفعاله وجب على المحكمة أن تحكم بالحجر [١] .

وللقاضى سلطة مطلقة فى تقدير حالة الجنون دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض [٢] .

طبيعة بطلان تصرفات المحجور عليه :

بينا فيما سبق أن التصرفات الصادرة من المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز فى مستشفى لا يمكن إبطالها إلا إذا ثبتت حالة الجنون وقت التصرف ، ولا يغنى عن ذلك إقامة الدليل على حالة الجنون ، لذلك كان الإثبات أمراً عسيراً وشاقا .

ولقد أحسن المشرع الفرنسى صنعاً — شأنه فى ذلك شأن المشرع المصرى — إذ أقام من الحجر قرينة قانونية على انعدام الأهلية طوال فترة الحجر ، فيعتبر باطلا Nul de Droit أى تصرف يبرمه المحجور عليه حتى ولو كان هذا التصرف صادراً فى فترة إفاقته دون حاجة لإثبات التلازم بين الجنون والتصرف ، كما يعتبر باطلا أيضاً أى تصرف يوجه من الغير إليه مثل إعلان الأحكام أو قطع التقادم .

نوع البطلان : يجمع الفقه والقضاء الفرنسى على أن تصرفات المحجور عليه باطلة بطلانا نسبيا . فيلزم لإبطال تصرفاته من صدور حكم من القاضى بذلك ، بناء على طلب القيم أو طلب المجنون بعد رفع الحجر عنه أو طلب ورثته بعد وفاته . ذلك أن

---

(1) Agen, 8 Mars 1926 D. 1927 2-67.

(2) Cass, 17 Janvier 1867, D, 76-1-151, S. 76-1-302.

(٣) بلانيول جـ ١ ص ٨٠٢ .

المادة ٥٠٢ فرنسى تنص على أن تصرفات المحجور عليه باطلة قانوناً Nul de droit ولم تقل باطلة بقوة القانون Nul de Plein Droit . ولا يمكن لمن تعاقد مع المحجور عليه أن يتمسك بالبطلان ، كما لا يستطيع أيضاً أن يدفع بصحة التعاقد بحجة أن التصرف صدر من المحجور عليه فى فترة إفاقة ، ذلك أن الحجر يقيم قرينة قانونية قاطعة على استمرار حالة الجنون ولا يمكن إثبات عكس هذه القرينة [١] .

(الحالة الثالثة): المجنون المحجوز فى مستشفى .

لاحظ المشرع الفرنسى أن كثيراً من الأسر تمتنع عن طلب الحجر على من يصاب من أفرادها بالجنون إما احتراماً لهم وخوفاً من ذيوع حالتهم لدى الكافة بسبب علانية إجراءات الحجر ، وإما إشفاقاً عليهم مما قد يسببه لهم سؤالهم بواسطة المحكمة من حرج قد يزيد فى وطأة مرضهم . لذلك أجاز القانون الصادر فى ٢٣ يونيو سنة ١٨٣٨ وضع المجانين فى مستعمرات أو مصحات تديرها الإدارة أو تخضع لإشرافها .

وهذا الاجراء علاوة على أنه اجراء وقائى ضد الأعمال الخطرة التى قد تصدر من المجنون فتضره أو تضر غيره ، فهو أيضاً اجراء علاجى مفيد من الناحية الصحية ، و بمقتضاه تترتب الآثار المترتبة على الحجر . وقد نصت على ذلك المادة ٣٩ من القانون السالف الذكر فقالت « التصرفات الصادرة من مجنون موضوع فى المحل المخصص للمجانين فى الوقت الذى كان محجوزاً فيه يمكن الطعن فيها بالبطلان بسبب الجنون طبقاً للمادة ١٣٠٤ من القانون المدنى » . يقيم هذا القانون من الحجز فى مستشفى مخصص للمجانين قرينة قوية على انعدام القوى

---

(١) جوسران ، ج ١ ص ٣٠٠ .

العقلية فى فترة الحجز الأمر الذى يترتب عليه إمكان الطعن فى التصرفات الصادرة منه فى هذه الفترة دون حاجة لاثبات التلازم بين جنونه والتصرف الصادر منه .

ويتفق المحجور عليه والمجنون الموضوع فى مستشفى من حيث أن كلا منهما يعتبر عديم الأهلية . ولكنهما يختلفان من حيث أن قرينة الجنون الناتجة عن الوضع فى مستشفى ليست مطلقة كما هو الحال فى الحجر ، بل هى قرينة نسبية متروك تطبيقها لفطنة القاضى . وهذا الفرق ظاهر من كلمة Purront الواردة فى المادة ٣٩ من قانون سنة ١٩٣٨ . وعلى ذلك يستطيع القاضى هنا أن يرفض البطلان لأى سبب يراه كما إذا كان الغير حسن النية أو كما لو كان التصرف قد صدر فى فترة إفاقة [١] .

---

(١) كابيتان جـ ١ ص ٢٢٣ .

المبحث الرابع

فى القانون المصرى

فرق الفقهاء المصريون بين الجنون والعته من حيث أن الأول يصحبه هيجان والثانى يلازمه الهدوء ، أخذا بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية . وقالوا إن المعتوه قد يكون مميزاً فيعتبر ناقص أهلية الأداء و يلحق بالصبى المميز ، وقد يكون غير مميز فيكون عديم أهليةو يلحق بالصبي غير المميز[1] .

ولقد أخذت المحاكم المصرية بهذا التقسيم فبعضها ألحق المعتوه بذى الغفلة والبعض الآخر ألحقه بالمجنون تبعاً لما إذا كان تمييزه ناقصاً أو منعدماً .

إلا أن القانون المدني الجديد ألحق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر أو صدرت قبل ذلك وكانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (م ١١٤ مدنى) فهل معنى ذلك أن جميع تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلانا مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ؟ .

يرى بعض الشراح أن تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر سواء كان المعتوه مميزاً أو غير مميز وسواء كان التصرف ضاراً أو نافعاً أو دائراً بين النفع والضرر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فيفرقون فيها بين المعتوه المميز وغير المميز . ففى الحالة الأولى يكون تصرفه كتصرف الصبى المميز وفى الحالة الثانية يكون تصرفه كتصرف الصبى غير المميز والمجنون[2] .

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، ص ٢٨٠ .

(٢) سليمان مرقص ،المدخل للعلوم القانونية ،ص ٣٩٥ .

ولكننا نرى أن هذا الرأى غير سليم . ذلك أن المادة ١١٤ مدنى صريحة فى إلحاق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون سواء كانت هذه التصرفات صادرة بعد تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيل قرار الحجر ، ونرى أن تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو كانت صادرة قبل تسجيل قرار الحجر دون تفرقة بين معتوه مميز أو غير مميز ، لأن لفظ « المعتوه » الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ مدنى ولفظ « العته » الوارد فى الفقرة الثانية من نفس المادة وردا بصيغة العموم ، والعام يؤخذ على عمومه ما دام لم يقم دليل على تخصيصه .

ولا محل للتفرقة بين المعتوه المميز وغير المميز إلا فى الأحوال الآتية :—

١ — إذا لم يصدر قرار بالحجر . ذلك أن المادة ١١٤ مدنى لم تلحق المعتوه بالمجنون إلا فى حالة صدور قرار بالحجر سواء كان تصرفه بعد تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيله .

٢ — إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ولم تكن حالة العته شائعة وقت التعاقد أو لم يكن الطرف الآخر على بينة منها . ويتضح ذلك من المفهوم المخالف للفقرة الثانية من المادة ١١٤ التى لم تلحق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر الا فى هاتين الحالتين .

٣ — فى التصرفات غير المالية سواء صدر قرار بالحجر أو لم يصدر . وتطبيقاً لذلك حكمت المحاكم الشرعية بأن المعتوه لو باشر عقد مقايضة وهو تصرف دائر بين النفع والضرر ولم يردّه وليه كان ذلك إجازة منه [١] .

٤ — فى المسئولية عن الأعمال غير المشروعة ، وذلك طبقاً للمادة ١٦٤ التى تستلزم لمسئولية الشخص عن هذه الأعمال أن يكون مميزا .

---

(١) إمبابه الشرعية المحاماة الشرعية س ١ عدد ٣ ص ٢٠٤ .

الحجر على المجنون والمعتوه

نصت المادة ١١٣ من القانون المدنى الجديد على أن المجنون والمعتوه تحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون ».

ورغم أن القانونين المصرى والفرنسى ينصان على أن الحجر يكون على البالغ سن الرشد ، إلا أننا نرى أنه ليس هناك ثمة ما يمنع من الحجر قبل هذه السن ، ذلك أن الصبي المميز قد يتمتع بأهلية الإدارة فى سن معينة ، فبالحجر عليه للجنون أو العته تعتبر أعماله باطلة لانعدام أهليته بصفة كلية . أضف إلى ذلك أن القاصر يستطيع بصفة عامة أن يجيز الأعمال الصادرة منه فى فترة القصر بعد بلوغه سن الرشد . أما إذا حجر عليه لجنون أو عته فلا تلحق أعماله الإجازة حتى ولو بعد رفع الحجر عنه . لذلك حكم بأنه إذا كان الأصل الذى بنى عليه الحجر هو أنه إجراء قصد به من بلغ سن الرشد فإنه يجوز استثناء من هذه القاعدة الحجر على القاصر ولا سيما بسبب الجنون [1] .

الشروط الواجب توفرها للحجر بسبب الجنون أو العته :

أولا : — يجب أن يكون هناك اختلال أو اضطراب فى العقل . لذلك لو أصيب الشخص بمرض عقلي لم يختل به عقله ، وإنما ترتب عليه شذوذ فى شخصيته أو أخلاقه فلا محل للحجر عليه . وتطبيقاً لذلك حكم بأن التقتير الشديد ولو أنه ناشئ من مرض عقلي إلا أنه لا يؤدى إلى توقيع الحجر ما دام لا يؤثر فى التصرفات

---

(١) كابيتان ج ١ رقم ٥٧٦ وجوسران ج ١ رقم ٥٤٣ ولوران ج ٥ رقم ٢٥٢ . ومجلة Le droit فى ٤ فبراير سنة ١٩١١ . Bourgés 22 décembre 1862 - D; 63-5-218.

ولا يعجز عن إدارة الأملاك على مقتضى العقل . « فإذا تبين أن التقتير هو خلة وعيب خلقي معروف من زمن طويل ولم يطرأ عليه بسبب المرض وأن الشخص المطلوب الحجر عليه وقف أملاكه للذكور مع حرمان الإناث ، فإن ذلك لا يعتبر دليلا على أنه في حالة جنون أو عته لأن هذا التصرف حق شرعي يصدر مثله من عقلاء لم يطعن في أهليتهم ، خصوصاً إذا ثبت أنه ليس مصاباً بعته أو غفلة أو جنون ولا بمرض البارانويا من أى نوع كانت ولا بأى مرض عقلى وأنه أهل للتصرف والإدارة »[١] . كما حكم أيضاً بأن «الشذوذ فى الشخصية الناتج من مؤثر نفسانى على السلوك فيضيق الشخص على نفسه وعلى عائلته لدرجة الحرمان . ويستهين بكرامته مما يؤثر فى طريقة إدارة الأملاك . والمرض العقلى من نوع البارانويا الأخلاقية الرجوعية يعبر عن النواحى الخلقية العقلية ،ومن مظاهر هذا المرض الشح الشديد على العائلة والنفس لدرجة الحرمان والاستهانة بالكرامة الذى يؤثر عليه فى إدارة أملاكه ويعرضه للفشل المتكرر فى أعماله ويحمله خسائر مالية ولو أنه غير مصاب بعته أو غفله إلا أن الإصابة بالمرض العقلى الذى لا يؤثر فى الأخلاق والتصرفات ليست سبباً للحجر[٢] » .

وإليك بعض الحالات التى قررت فيها المحاكم امتناع الحجر لعدم وجود اختلال أو اضطراب فى العقل .

(١) الشيخوخة : مجرد الشيخوخة لا يؤثر فى العقل ، لذلك لا تعتبر سبباً للحجر حتى ولو أثرت فى قدرة الشخص على المشى أو صاحبها ضعف فى حاستى السمع والبصر . لذلك حكم بأن الشيخوخة والأمراض التى تلازمها فى حد ذاتها ليست أسباباً كافية لتوقيع الحجر على الشخص ، إلا إذا نتج عنها اختلال

---

(١) حسبى عال ٢٩/٣/١٩٤١ .

(٢) حسبى مصر وتأيد استئنافيا فى (٢٩/٣/١٩٤١) .

فى القوى العقلية تجعل الشخص غير كفء لإدارة أعماله بنفسه .[١]

(ب) ضعف الذاكرة : ضعف الذاكرة أو النسيان هو عدم القدرة على استحضار الشيء فى وقت الحاجة إليه . وهو لا يعتبر قانوناً عارضا من عوارض الأهلية. لذلك حكم بأن ضعف الذاكرة لا يجعل الشخص معتوها يستحق الحجر[٢] .

أما فقدان الذاكرة ، وهو حالة تفصل بين الإنسان و بين حياته الماضية فلا يتذكر منها شيئاً ، فإنه يعتبر نوعاً من أنواع الجنون يستوجب الحجر لأن الشخص لا يذكر اليوم ما فعله بالأمس ، الأمر الذى يترتب عليه الإضرار بماله ، إذ قد يوفى اليوم دينا وفاه بالأمس ، وقد يؤجر أطيانه اليوم مع أنه سبق أن أجرها ، ولا يتذكر ذلك فيؤجرها ثانية وثالثة ، الأمر الذى يترتب عليه الإضرار بالغير .

(ج) الشلل : مجرد إصابة الشخص بالشلل لا يكفى للحجر عليه إذا ثبت أنه حائز لقواه العقلية ، إذ فى إمكانه أن يعين وكيلا عنه فى مباشرة شئونه .[٣]

(د) ضعف البنية والعاهات الجسمانية : مجرد ضعف البنية ليس سببا كافياً للحجر ما دام الشخص حافظا لقواه العقلية . إلا أن الضعف الكبير فى الصحة قد يؤثر فى العقل فيصبح الشخص غير قابل لإدارة أمواله ، لذلك يجب الحجر عليه فى هذه الحالة . وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا أصبحت حالة الشخص على غير ما يرام بأن كانت خطواته ثقيلة جداً وكان لا يقدر على الخروج والاستمرار فيه إلا إذا سنده شخص آخر ، و إذا أصبح كلامه ثقيلا يتلعثم فى بعض الأحيان وأصبحت سلسلة أفكاره غير متصلة فإنه يجب حمايته من نفسه ولو رغما عنه .

---

(١) حسبى عال ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٢٦١ ص ٣٤٢ محاماة ، السنة الثالثة . وحسبى عال ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٢٦٤ ص ٣٤٣ محاماة السنة الثالثة . وحسبى عال ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٨١ ص ١٣١ السنة الثالثة . حسبى مديرية المنيا ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٦ رقم ٣٣٠ ص ٤٧٦ محاماة السنة السابعة. وبودرى ولاكنترى بند ٨٠١ . وداللوز براتيك مادة حجر نبذة ٩ ج ٧ .

(٢) حسبى عال ٦ يناير سنه ١٩٢٤ رقم ٣٣٨ ـ ص ٤٣٩ ـ السنة الرابعة محاماة .

(٣) حسبى عال ٢١ يونيو سنة ١٩٢٥ محاماة السنة الرابعة رقم ١١ ص ١٨.

كما حكم بأنه «إذا كان الإنسان فى غاية السلامة من عقله وكل ما فى الأمر أنه أبكم أصم ، فلا يصح أن يكون ذلك سبباً فى الحجر عليه ، لأن هذه العاهة لا تمنع صاحبها السليم العقل من التصرف فى ملكه بما يشاء ما دام مثل هذا جارياً به العرف ولا يأباه العقل والشرع[١] » .

ولقد أخذ القانون المدنى الجديد بنظام المساعدة القضائية فى حالة المصاب بعاهتين كالأصم الأبكم والأعمى الأصم إذا عجز عن التعبير عن إرادته . كما أخذ بهذا النظام أيضا قانون الولاية على المال ، فأجاز للقاضى أن يعين مساعداً قضائياً لضعيف البنية إذا عجز عن إدارة أمواله (مادة ٧٠ من قانون الولاية على المال) .

(ثانياً) يجب أن يكون اضطراب العقل أو اختلاله جسيما tres grave. فإذا كان ضعف العقل ليس جسيما فإن الحجر يكون للغفلة لا للجنون أو العته .

(ثالثاً) يجب أن يكون اضطراب العقل أو اختلاله قد أصبح أمراً عادياً لدى الشخص Létat habituel. لذلك حكم بأنه لا محل للحجر عند طروء خلل وقتى على العقل نتيجة لتعاطى المخدرات أو السكر[٢] . ولكن ليس من الضرورى أن تكون حالة الجنون مستمرة Continuel ، لذلك يجوز الحجر على المجنون حتى ولو كان جنونه متقطعاً .

(١) حسبي عال ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ محاماة سنة ١٠ رقم ١٣٠ ص ١٧٧ .

(٢) حسبي عال ٢٦ / ١ / ١٩١٦ شرائع س ٣ عدد ١٢٤ صفحة ٣٨٧ .

تصرفات المجنون أو المعتوه المحجور عليه

فرق القانون المصرى بين التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه بعد الحجر و بين التصرفات الصادرة منه قبل الحجر .

أولا : التصرفات الصادرة بعد الحجر

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤ مدنى على أنه « يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . من هذا النص يبين لنا أن أى تصرف يباشره المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر يكون باطلا بطلانا مطلقاً دون حاجة لإثبات التلازم بين الجنون والتصرف ودون حاجة لإثبات شيوع الجنون أو العته ، ودون تفرقة بين ما إذا كان العتة يذهب بالتمييز أو لا يذهب به ، بل يكفى لذلك إثبات صدور التصرف بعد تسجيل قرار الحجر وكفى . فقرار الحجر يقيم قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، وتسجيله يقيم قرينة قانونية على علم الغير بذلك . وعلى هذا الأساس يتبدل انعدام الأهلية الطبيعى القائم على انعدام التمييز بانعدام قانوني قائم على قرار الحجر.

ولكن هل هذه القرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أم أنها غير قاطعة ، فيجوز لمدعى صحة التصرف أن يهدمها بإثبات صدور التصرف من المحجور عليه فى فترة إفاقته ؟ . قال معظم الشراح [١] بالرأى الأول وقال بعضهم بالرأى الثانى [٢] . ونحن نرجح الرأى الأول ، ذلك أنه إذا أمكن إثبات صدور التصرف فى فترة التمييز ، أعنى إذا أمكن إثبات الأهلية الطبيعية فإن ذلك لن يفيدنا شيئاً لانعدام الأهلية القانونية بناء على قرار الحجر ، ومسائل الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز إثبات أهلية من قرر القانون أنه عديمها .

---

(١) وديع فرج ، الالتزامات ، ص ٧٣ . وشفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٨٥ .
(٢) عرفه فى تعليقه على المادة ١١٤ من التقنين المدنى الجديد .

التصرفات التي يشملها الحجر : يرى الفقه والقضاء فى فرنسا أن الحجر يشمل جميع التصرفات سواء كانت تصرفات مالية كالبيع والاجارة أو تصرفات شخصية كالزواج والطلاق ، وحجتهم فى ذلك أن المادة ٥٠٢ مدنى فرنسى لم تفرق بين تصرف وآخر ، إذ وردت عبارتها عامة تشمل جميع التصرفات .[١]

وهـذا القول يتفق مع منطق قانونهم المدنى الذى يشمل المعاملات المالية والأحوال الشخصية . أما عندنا فى مصر ، حيث يقتصر قانوننا المدني على المعاملات المالية ، يجب القول بأن انعدام الأهلية الناشىء عن قرار الحجر لا يسرى إلا على التصرفات المالية دون غيرها . وعلى هذا الأساس نقول بصحة التصرفات الشخصية كالزواج والطلاق والإقرار بالنسب متى صدرت من المجنون أو المعتوه فى فترة إفاقته ، محجوراً عليه أو غير محجور عليه ، عملا بقواعد الشريعة الإسلامية .

هل يسأل المجنون أو المعتوه المحجور عليه عن أعماله المادية

يرى بعض الشراح [٢] أن قرار الحجر للجنون أو العته يقيم قرينة قانونية قاطعة على انعدام التمييز ، ومن ثم لا يسأل المجنون أو المعتوه المحجور عليه عن أعماله غير المشروعة طبقاً للمادة ٢٦٤ مدنى التى تقرر عدم مساءلة غير المميز عن هذه الأعمال إلا فى الأحوال الاستثنائية المبينة فيها . ونحن لا نوافق على هذا الرأى للأسباب الآتية .

١ — لو فرض أن قرار الحجر يقيم قرينة قانونية على انعدام التمييز ، فهذه القرينة كما هو ظاهر من صريح المادة ١١٤ لا تشمل إلا التصرفات دون الأعمال المادية . وهـذا تطبيق لقواعد الشريعة الإسـلامية التى تقضى بأن الحجر قاصر على الأقوال دون الأفعال .

---

(١) جوسران ج ١ ص ٣٠٠ بند ٥٤١ .

(٢) شفيق شحاته ،النظرية العامة للحق ، ص ٨٤ .

٢ — إن انعدام مسئولية غير المميز فى القانون المصرى لا ترجع لانعدام أهليته إنما ترجع لانعدام ركن من أركان المسئولية وهو الخطأ . فمتى ثبت انعدام التمييز وقت صدور العمل انعدمت المسئولية سواء كان من صدر منه هذا العمل كامل الأهلية كالسكران أو عديمها كالصبى غير المميز .

لهذا نرى أن المحجور عليه للجنون يسأل عن أعماله غير المشروعة متى ثبت أنها صدرت منه فى وقت إفاقته كما يسأل عنها المحجور عليه للعته إذا كان عتهه لا يذهب بالتمييز . والقول بغير ذلك يؤدى إلى التناقض إذ يمكن مساءلة المحجور عليه عن أعماله جنائيا متى صدرت منه فى وقت إفاقته ، وعدم مساءلته عنها مدنيا ، وهو قول غير مستساغ .

ثانيا : التصرفات السابقة على قرار الحجر :

قرار الحجر لا ينتج أثره إلا من يوم صدوره ، فلا ينعطف على الماضى . إلا أن القانون المصرى قد سهل الأمر على مدعى بطلان التصرف السابق على قرار الحجر فخول له الطعن فى هذا التصرف متى أثبت أنه قد تم فى فترة كانت حالة الجنون أو العته معروفة للطرف الآخر إما حقيقة و إما حكماً بناء على شيوع هذه الحالة . ولكن ليس معنى ذلك أن أهلية المعتوه أو المجنون تنعدم قانوناً بأثر رجعى سابق على قرار الحجر ؛ إنما يقتصر أثر القرار على تيسير إثبات الجنون أو العته بالنسبة للتصرفات السابقة عليه . ولقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١١٤ مدنى بقولها « أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

ولكن ما الرأى بالنسبة للتصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر إذا لم تكن حالة الجنون معروفة للطرف الآخر وقت صدور التصرف ؟ . يرى معظم الشراح

وعلى رأسهم الدكتور السنهورى أن التصرف الصادر من المجنون أو المعتوه فى هذه الحالة يعتبر صحيحاً أخذا بنظرية الإرادة الظاهرة[١] أو بنظرية الثقة[٢]، لأنه إذا وثق الغير فى تعبير المجنون أو المعتوه فان التصرف لا يكون باطلا تشريفا لهذه الثقة . ولكننا لا نرى الأخذ بهذا الرأى لأنه من غير المسلم به أن القانون المصرى قد أخذ بهاتين النظريتين فى جميع الأحوال ، كما أن القرائن التى وضعها القانون فى الفقرة الثانية هى قرائن خاصة بالإثبات لتيسيره وتسهيله . لذلك نرى أنه يمكن الطعن ببطلان التصرف إذ أمكن إثبات الجنون أو العته المعدم للتمييز فى لحظة إبرام التصرف طبقا للقواعد العامة التى تعتبر الإرادة ركنا من أركان التصرف القانونى ، ولو أن الإثبات فى هذه الحالة أمر عسير .

تصرفات المجنون أو المعتوه غير المحجور عليه

لم ينظم القانون المصرى أحكام تصرفات المجنون أو المعتوه إلا فى حالة الحجر عليه . ومن ثم فإن تصرفات غير المحجور عليه تخضع للقواعد العامة .

أولا : تصرفات المجنون

لا يعتبر المجنون غير المحجور عليه عديم الأهلية قانوناً ، لأن ذلك لا يتقرر إلا بالحجر عليه . ولكن ليس معنى ذلك أن تصرفاته تعتبر صحيحة ، إذ طبقا للقواعد العامة فى التصرفات يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة . فإذا انعدمت الإرادة كان التصرف باطلا ، إنما يلزم إثبات الجنون لحظة إبرام التصرف ، ولا يكفى إثبات شيوعه فى هذه اللحظة لأن القرينة التى نص عليها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ ، الخاصة بأن شيوع الجنون فى فترة

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، ص ٢٨٠ .

(٢) الشيتى ، مجلة التشريع والقضاء ، ص ٧ س ١ .

التصرف دليل على أنه قد صدر فى وقت الجنون ، هى أثر من آثار قرار الحجر والفرض هنا أنه لم يصدر قرار ما بالحجر .[(١)]

فالعقد الصادر من مجنون باطل إذا كان مجنوناً وقت ابرام العقد[(٢)] ، سواء كان من يتعاقد معه يعلم بجنونه أو لا يعلم ، ومدعى البطلان هو الذى عليه إثبات التلازم بين الجنون والتصرف[(٣)] . وقد يستخلص القاضى ذلك من التصرف ذاته أو من مجموعة ظروف أخرى قاطعة فى إثبات الجنون[(٤)] . ويجوز له أن يأذن فى إثبات جنون شخص كان طرفا فى عقد ولو بعد وفاته[(٥)] . ولكن لا يكفى وضع الشخص فى مستشفى دليلا على أنه كان مجنوناً وقت صدور العقد إذا ثبت أن هذا الشخص كان يفيق من جنونه من وقت إلى آخر[(٦)] .

ثانيا — تصرفات المعتوه :

يرى معظم الشراح أن القانون المدنى الجديد قد ألحق المعتوه بالمجنون فى جميع صوره وأحكامه دون تفرقة بين معتوه مميز ومعتوه غير مميز . ولكننا لا نوافق على هذا الرأى ، ذلك أن القانون المدنى الجديد وقانون الولاية على المال لم يتعرضا للعته أو للجنون إلا فى حالة صدور قرار بالحجر سواء صدر التصرف قبل القرار أو بعده . لذلك نرى العود إلى القواعد العامة فى حالة عدم صدور قرار بالحجر فيكون التصرف باطلا إذا ثبت أنه قد صدر من معتوه غير

---

(١) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٨٥ .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ محاماة ٢١ ص ٢٦٠ رقم ١٤٣ ، محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ ابريل سنة ١٨٩٩ م ص ١٨٦ .

(٣) إستئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٨ .

(٤) إستئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٣ .

(٥) إستئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ مج ١٨ ص ٣٢ .

(٦) محكمة اسكندرية التجارية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦ .

مميز . أما لو صدر من معتوه مميز فإن التصرف يكون قابلا للابطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر ، وصحيحاً نافذا إذا كان نافعاً نفعاً محضا ، وباطلا إذا كان ضاراً ضرراً محضا .

قد يعترض على رأينا بأن المعتوه غير المحجور عليه لا يعتبر عديم الأهلية قانوناً ، ومن ثم فلا يجوز الطعن فى تصرفاته إلا طبقا للقواعد العامة فى التصرفات . فإن كان غير مميز انعدم ركن من أركان التصرف ولذا يكون باطلا . أما لو كان مميزا فلا يمكن اعتباره ناقص الأهلية لأن العارض لا يتقرر إلا بموجب القانون والقانون المصرى لم يتعرض للمعتوه المميز غير المحجور عليه ، كما لا يمكن إبطال تصرفاته على أساس عيوب الرضا ، ومن ثم يكون تصرفه صحيحاً . ولكننا نرد هذا الإعتراض بأن القانون المصرى اعتبر العته من عوارض الأهلية و إنما تنظيم الأحكام الخاصة بأحد نوعيه وهو العته مع التمييز ، لم يتعرض لها فى حالة عدم صدور قرار بالحجر ، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية التى استقى منها القانون المدنى أحكام الأهلية وعوارضها ، و بذلك يمكن إلحاق تصرفات المعتوه المميز غير المحجور عليه بتصرفات الصبى المميز .[1]

---

(١) السنهورى . الوسيط ص. ٢٧٩ .

الباب الثانى

الأمور المؤثرة فى الرشد

الفصل الأول

السفه

معنى السفه

السفه فى اللغة لفظ مشترك بين عدة معان : فقد يراد به الخفة أو الضعف ، فيقال ثوب سفيه أى خفيف وزمام سفيه أى ضعيف . لذلك يطلق العرب على ضعاف العقول اسم السفهاء . من ذلك قول الشاعر :

نخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم

وقد يستعمل السفه بمعنى الجهل . من ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر أنه سأل الرسول صلى الله عليه وسلم قائلا : إنى أحب أن يكون رأسى دهيناً وقميصى غسيلا وشراك نعلى جديداً ، أمن الكبر هو يا رسول الله ؟ . فقال له : لا ، إنما الكبر من سفه الحق أى من جهل الحق [1] .

وقد يراد بالسفه الكفر ، من ذلك قوله عز وجل « وإذا قيل لهم آمنوا ، قالوا : أنؤمن كما آمن السفهاء ألا إنهم هم السفهاء » وقوله تعالى « سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التى كانوا عليها » .

وأخيراً قد يطلق السفه على البذاءة والسب باللسان .

---

(١) الجصاص ج ١ ص ٤٨٩ .

والواقع أن المعنيين الأخيرين (الكفر والبذاءة) يندرجان تحت الجهل لأن الكافر جاهل بشئون الدين ، والبذاءة لا تكاد تتفق إلا فى جهال الناس .

والسفه فى اصطلاح الأصوليين قاصر على الجهل فى حفظ المال وتدبيره . لذلك يعرفونه بأنه حالة تعترى الإنسان فتجعله غير قادر على إدارة أمواله والتصرف فيها لإسرافه وتبذيره .

ويرى الفقهاء الأحناف أن السفه يتحقق سواء كان التبذير فيما هو شر محض كدفع المال إلى المغنيين واللاعبين وشراء الحمام الطيارة والديكة ونحوها بثمن غال والغبن الفاحش فى التجارات من غير محمدة ، وسواء كان فيما هو خير محض كبناء المدارس والمستشفيات والمساجد . فالبر والإحسان مشروع ولكن الإسراف حرام كالإسراف فى الطعام والشراب . ولقد قال تعالى « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً »[1] .

أما فقهاء الشافعية فيرون أن السفه لا يتحقق إلا إذا كان الإسراف فى المحرمات . أما الإسراف فيما أحله الله كالإكثار من بناء المساجد والمستشفيات فلا يعد سفهاً عندهم[2] .

والخلاف بين الشافعية والحنفية فى هذه المسألة مرده اختلافهم فى الحكمة من الحجر على السفيه . إذ يرى الحنفية أن الحكمة من الحجر هى المحافظة على أموال السفيه وعدم تضييعها ، والإسراف عموماً سواء فى الخير أو الشر يؤدى إلى هذا الضياع . أما الشافعية فيرون أن الحجر ما شرع إلا جزاء وعقوبة على الفاسق الذى يضيع أمواله فى المحرمات ، ومن ثم فلا محل لتوقيع هذا الجزاء على من يضيع أمواله فى المباحات .

---

(١) التبيين للزيلعى ج ٥ ص ١٩٢ ، والبحر ج ٨ ص ٩١ . وانظر رد المحتار ج ٥ ص ١٤١ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى ج ٢ ص ٤٨٠ .

(٢) فتح العزيز للرافعى ج ١٠ ص ٢٨٤ بذيل المجموع للامام النووى .

المبحث الأول

الحجر على السفيه

يتردد الفكر التشريعى بين نظريتين إحداهما لا ترى فى السفه شيئاً غير عادى يستوجب الحجر ؛ إذ لا يعقل مجازاة شخص يدفعه كرمه المتزايد إلى الإسراف بإهدار أهليته فى التصرفات ، لا سيما أن هذا الإسراف لن يضر بمصالح الدولة الاقتصادية ؛ فالأمر لن يتعدى مجرد انتقال الأموال من يد إلى يد . أضف إلى ذلك أن السفه بطبيعته صعب التحديد مما يؤدى إلى اعتبار الحجر أمراً تحكمياً . ولقد أخذ بهذه النظرية القانون الانجليزى (١) .

بينما ترى النظرية الثانية أن السفه حالة خطيرة تهدد المصالح الخاصة والعامة بأضرار بليغة . فالشخص بتبذيره أمواله يصبح عالة على أسرته وعلى المجتمع وتتحمل الدولة فى النهاية نتائج تبديده ؛ لذلك يجب الحجر عليه والحيلولة بينه و بين ماله والتصرف فيه ، وتعين له المحكمة نائباً يباشر عنه هذا التصرف . ولقد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات الحديثة كالقانون المصرى والألمانى والإيطالى والسويسرى .

أما القانون الفرنسى فلم يأخذ بأى من هاتين النظريتين ؛ فلا هو أطلق للسفيه الحبل على الغارب ، ولا هو أوجب الحجر عليه ، بل أخذ بنظام وسط إذ اكتفى بتعيين مساعد قضائى يعاون السفيه و يشد أزره فى بعض التصرفات المالية (مادة ٥١٣ فرنسى) . وليس للمساعد صفة النيابة عن السفيه كما هو الحال فى نظام الحجر .

---

(1) Hibbert's Leading Cases in Confict of Laws. p.288

منع المال عن السفيه والحجر عليه

فى الشريعة الإسلامية

أولا : عدم تسليم المال للسفيه

اتفق أئمة المسلمين على وجوب منع المال عن الشخص إذا بلغ سفيها . ولكنهم اختلفوا فى تحديد الوقت الذى يسلم إليه فيه ماله .

فيرى الجمهور أن السفيه لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم[1] » . فالله عز وجل علق إيتاء المال على إيناس الرشد ، فلا يجوز قبله لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط . والرشد فى نظرهم هو الصلاح فى المال ، أو الصلاح فى المال والدين كما ذهب إلى ذلك معظم الشافعية .

الخلاصة هى أن دفع المال إلى الصبى موقوف على شرطين : بلوغه ثم رشده . لذلك لا يدفع إليه ماله ولو بلغ ما لم يؤنس منه الرشد . قال الشعبى «لا يدفع إلى اليتيم ماله وإن شمط ما لم يؤنس منه رشد » . وقال سعيد بن جبير «إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده » . وقال الضحاك «لا يعطى اليتيم وإن بلغ مائة سنة حتى يعلم منه اصلاح ماله[2] » .

وإذا بلغ الصبى رشيداً ثم صار سفيها فيمنع عنه ماله حتى يعود إليه رشده

---

(١) نزلت الآية فى ثابت بن رفاعة وفى عمه ، ذلك أن رفاعة توفى وترك ابنه وهو صغير ، فأتى عم ثابت إلى النبى صلى الله عليه وسلم : فقال إن ابن أخى يتيم فى حجرى ، فما يحل لى من ماله ومتى أدفع إليه ماله ؟ فأنزل الله الآية . القرطبى ج ٥ ص ٣٠ .

(٢) القرطبى ج ٥ ص ٣٤ .

ويرى أبو حنيفة رضى الله عنه أنه لا يجوز منع المال عن السفيه إلا بتوفر شرطين :

١ — أن يتصل السفه بالبلوغ ، بأن يبلغ الصبي سفيها .

٢ — ألا تكون سنه قد تجاوزت خمساً وعشرين عاماً .

واستدل أبو حنيفة على رأيه بالحجج الآتية : —

١ — إن حرف الفاء الوارد فى قوله تعالى « فإن آنستم منهم رشداً » ورد للوصل والتعقيب ، بمعنى أن تعليق إيتاء المال بإيناس الرشد قاصر على وقت البلوغ والفترة التى تلى البلوغ مباشرة . أما بعد ذلك فإيتاء المال غير معلق بأى شرط[١] .

٢ — إذا اتصل السفه بالبلوغ فإنه يكون أثرا من آثار الصبا . والصبى فى أول أحوال البلوغ لا يفارقه السفه . و بقاء أثر الصبا كبقاء عينه فيما يتعلق بمنع المال . لذلك يجب أن يؤتى السفيه ماله إذا انتهى أثر الصبا ، وهو حتما ينتهى ببلوغه خمساً وعشرين عاماً لتوهم أن يكون الشخص جداً . ذلك أنه يولد المرء من إثنى عشر عاماً ونصف فيصير أباً ثم يولد لابنه كذلك فيصير جداً ، وليس بعد الجد منزلة[٢] .

ويرتب أبو حنيفة على هذه الحجة أنه لو بلغ الشخص رشيداً ثم صار سفيها فلا يمنع عنه ماله لأن السفه هنا ليس بأثر للصبا .

٣ — منع المال عن السفيه إما أن يكون حكما غير معقول ، إذ كيف يمنع عنه ماله وهو مكلف بالعبادات مؤاخذ بجناياته[٣] . وإما أن يكون على سبيل

---

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للامام البزدوى جـ ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) حدد أبو حنيفة هذه السن على أساس أن أدنى مدة للبلوغ اثنى عشر عاماً وأدنى مدة للحمل ستة شهور . شرح العناية للهداية للبابرتى بهامش كشف الرموز والأسرار لمولانا قاضى زادة جـ ٧ ص ٣١٦ .

(٣) أحمد ابراهيم ،الأهلية وعوارضها ،ص ٦٦ .

التأدب والعقوبة . فإن كان على سبيل التأدب وجب إيتاء السفيه ماله إذا بلغ سنا يتوهم أن يكون فيها جداً لانقطاع رجاء التأدب(١) .

والأمر كذلك لو كان منع المال عنه عقوبة على تبذيره لأن الشرط رشد نكرة فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه إسم الرشد . وإذا بلغ السفيه خمساً وعشرين عاماً لابد أن يكون قدأصاب نوعامن الرشد بطريق التجربةوالامتحان . ولو دخل المنع الثابت بطريق العقوبة شبهة بحصول الشرط من وجه ، وهو إصابه نوع من الرشد بالتجربة ، سقط المنع لأن العقوبة تسقط بالشبهة(٢) .

نقد : إن المعلوم يدور مع علته وجوداً وعدماً . فالحجر على السفيه ومنع المال عنه منوط بعلة السفه ، ولا مدخل للسن فى هذه العلية . أرأيت لو بلغ الشخص خمسا وعشرين عاماً وكان مجنوناً هل يدفع له ماله لبلوغه هذه السن؟ . أحد أمرين : إما أن نقول بالحجر على السفيه فيمنع من مباشرة تصرفاته المالية ويمنع من تسلم ماله . وإما أن نقول بعدم جواز الحجر عليه فيباشر كافة التصرفات ويسلم إليه ماله بمجرد بلوغه عاقلا . والقول بغير ذلك يؤدى إلى التناقض لأن السفيه يتلف بلسانه ما منع عن تسلمه بيده .

قال أبو حنيفة إنه لا تناقض بين منع المال عن السفيه وإباحة التصرفات له لأنه يتلف ماله عادة بالصدقة والضيافات ، وهذه لا تتم إلا بالقبض .

ولكننا نرى مع ذلك أن التناقض ما زال قائماً بالنسبة للتصرفات التى تتم بدون قبض كالبيع بغبن فاحش . فكيف يباح له هذا التصرف بدون قيد ولا شرط وهو ضار به ، وكيف يمنع المال عنه مع نفاذ هذا التصرف ؟ . ثم متى فرق الله تعالى بين من يكون جدا ومن يكون أبا فى أحكام ما لهما ؟ . أضف إلى ذلك أنه من الخطأ القول بأن الرشد المذكور فى قوله تعالى « فإن آنستم

---

(١) التبيين للزيلعى ج ٥ ص ١٩٥ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ .

منهم رشداً » يقصد به أى ضرب من الرشد . ذلك أن الابتلاء المأمور به فى أول الآية هو الابتلاء فيما يتعلق بحفظ المال ورعايته ، لذلك وجب أن يكون المراد فإن آنستم منهم رشدا فى رعاية مصالح المال .

رأى الظاهرية : انتقد ابن حزم فى كتابه المحلى[1] الرأى القائل بمنع تسليم المال للسفيه انتقاداً شديداً ورد على القائلين به رداً قاسياً . فقال لقد وهم من فسر الرشد المذكور فى الآية بالكياسة فى حفظ المال ، إذ إن نصوص القرآن يفسر بعضها بعضا . ولو رجعنا إلى الرشد المذكور فى الآية لتبين لنا جليا استحالة تفسيره بحفظ المال ، إنما يمكن حمله على العقل والدين كما فى قوله تعالى « أولئك هم الراشدون » وقوله تعالى « لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى » وقوله تعالى « ما أمر فرعون برشيد » . ومعلوم أن فرعون كان أشد الناس عناية بالمال . ولو كان الرشد هو الكياسة فى حفظ المال لكان اليهود أرشد من المسلمين — معاذ الله . ولقد روى عن منصور عن مجاهد فى تفسير الرشد الوارد فى قوله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا » أنه قال : الرشد هو العقل ، لا يدفع إلى اليتيم ماله وإن شمط حتى يؤنس منه رشده .

ثانيا : الحجر على السفيه

اختلف أئمة المسلمين فى الحجر على السفيه . فأبو حنيفة رضى الله عنه يعارض فى ذلك بشدة . أما صاحباه وسائر الأئمة فيقولون بوجوبه .

حجج مثبتى الحجر

استدل جمهور المسلمين على وجوب الحجر على السفيه بالأدلة الآتية :—

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ص ٢٨٦

أولا : القرآن

١ — قال الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » .

قال الجمهور إن المقصود بالسفيه فى هذه الآيه الجاهل بتدبير المال وحفظه . واستنتجوا وجوب الحجر على السفهاء من وجهين : أحدهما، منعهم من أموالهم . وثانيهما، إجازة تصرف الأولياء عليهم من أموالهم وشراء أقواتهم وكسوتهم . ذلك أن الآيه قالت « وارزقوهم فيها واكسوهم » ، وهذا معناه اتجروا فى أموالهم حتى تكون من الربح لا من صلب المال لئلا يأكله الإنفاق ، ولو قيل منها لكان من نفس المال [١] .

ولقد وردت فى كتب الفروع تفسيرات متعددة لاضافة الأموال إلى ضمير الأولياء المخاطبين دون السفهاء . فقال الجلال [٢] « إن الأموال أضيفت إلى الأولياء لأنها فى أيديهم فيكون المقصود لا تؤتوا السفهاء أموالهم التى فى أيديكم » . وقال الرازى « إن الله سبحانه وتعالى أضاف الأموال إلى الأولياء ، لا لأنهم ملكوها ، بل لأنهم ملكوا التصرف فيها ، ويكفى لحسن الإضافة أدنى سبب . كما قال إنما حسنت هذه الإضافة إجراء للوحدة بالنوع مجرى الوحدة بالشخص . ونظيره قوله تعالى « فسلموا على أنفسكم » وقوله تعالى « ولا تقتلوا أنفسكم » . فإن المراد لا يقتل بعضكم بعضاً ، إلا أنه عبر عن نوعهم بأنفسهم مبالغة فى الزجر عن القتل ، فكان قتلهم قتل أنفسهم . وهكذا هنا ، أنزل أموال السفهاء منزلة أموال الأولياء للمبالغة فى حملهم علي المحافظة عليها » .

والواقع أن سبب إضافة الأموال إلى الأولياء ترجع إلى أنهم يضارون من ضياعها ويستفيدون من المحافظة عليها . ففى حالة الضياع يجب على الولى أن

---

(١) راجع تفسير آيات الأحكام، محمود السايس، ص ٣٠ . وتفسير القرطبى ج ٥ ص ٢٩ .
(٢) شرح المنار ج ٤ ، ص ٣٧٨ .

ينفق من مال نفسه على السفيه . وفى حالة المحافظة عليها يستفيد الولى إذ يصيبه شىء منها بعد أن يرشد السفيه .

٢ — قال الله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » . دلت هذه الآية على أن السفيه لا يستطيع أن يباشر بنفسه صيغة عقد المداينة ، بل يباشره بالنيابة عنه وليه ، وهذا يستلزم أن يكون محجوراً عليه[1] . قال الجمهور إن المقصود بالضعيف فى الآية الصغير والمقصود بالسفيه الكبير البالغ ، ولا يمكن أن يكون المراد به الصغير لأن السفه اسم ذم والقلم مرفوع عن الصغير ، فلا يمكن أن يلحقه الذم .

٣ — ورد كثير من الآيات تنهى عن التبذير . قال تعالى « ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين » ، وقال تعالى « ولا تسرفو إن الله لا يحب المسرفين » ، وقال أيضاً « ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً » .

هذه الآيات تحرم الإسراف والتبذير . لذلك يجب على الإمام الحجر على المبذر أو المسرف[2] .

ثانياً : السنة

ورد كثير من الأحاديث تحرم اتلاف المال . من ذلك ما روى عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله نهى عن إضاعة المال . وما دام السفيه يضيع ماله وجب الحجر عليه حتى نحفظه له .

---

(١) المبسوط جـ ٢٤ ص ١٥٧ . والأم جـ ٣ ص ١٩٤ .

(٢) الفرق بين الإسراف والتبذير هو أن الإسراف صرف الشىء فيما ينبغى زائداً على ما ينبغى ، أما التبذير فهو صرف الشىء فيما لا ينبغى . راجع كشاف القناع للشيخ منصور الحنبلى جـ ٢ ص ٢٢٢ ، وابن عابدين فى حاشيته المختار على رد المحتار جـ ٥ ص ٦٦٤ .

ومن ذلك أيضاً قول الرسول صلى الله عليه وسلم « كلوا واشربوا والبسوا وتصدقوا فى غير إسراف ولا مخيلة »[١] .

ثالثاً : أفعال الصحابة وأقوالهم

١ — روى عن عبد الله بن لهيعة عن أبى الأسود محمد بن عبد الرحمن ابن نوفل عن عروة عن الزبير قال : كان عبد الله بن الزبير إذا نشأ منا ناشىء حجر عليه .

٢ — وروى الزهرى عن عروة عن عائشة أنه بلغها أن الزبير لما علم أنها باعت بعض رباعها قال : لتنتهين وإلا حجرت عليها . فقالت رضى الله عنها : « لله على ألا أكلمه أبدا »[٢] .

استدل الجمهور بهذه الرواية على أن ابن الزبير وعائشة رأيا الحجر ، إلا أن عائشة رضى الله عنها أنكرت أن تكون هى من أهل الحجر نظراً لمكانتها من العلم والفتيا[٣] .

٣ — روى أن عبد الله بن جعفر كان يفنى ماله فى الجهاد والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف درهم[٤] ، فبلغ ذلك الإمام علياً كرم الله وجهه فقال « لأنبئن عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه » . فذهب عبد الله بن جعفر إلى الزبير وأخبره بالأمر فقال ، له أشركنى فيها ، فأشركه ، ثم جاء على إلى عثمان وطلب منه أن يحجر على عبد الله فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير .

---

(١) رواه النسائى وابن ماجه فى سننهما وأخرجه أحمد فى مسنده . راجع الجامع الصغير للسيوطى ج ٢ رقم ٦٤٠٢ . وانظر شرح العينى على البخارى ج ٢١ ص ٢٩٤ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٨ .

(٣) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٨٢ . وراجع الجصاص ج ١ ص ٤٨٩ . والبزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٤) وفى رواية أخرى بستين ألف درهم . فقد روى عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلى ، ألا تأخذ على يدى ابن أخيك — يعنى عبدالله بن جعفر — والحجر عليه ؟ اشترى سبخة بستين ألفاً ما يسرني إنها لبنعلى (المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٨٥)

استدل الجمهور بهذه الرواية على أن الصحابة ارتأوا الحجر ، إلا أن مشاركة الزبير لعبد الله بن جعفر — والزبير معروف بالكياسة — كانت سبباً فى دفع الحجر عنه لعدم احتمال وقوع غبن فى تصرفاته .

وعن طريق يزيد بن هرمز عن ابن عباس أنه كتب إلى نجدة بن عويمر قال « كتبت تسألنى عن اليتيم متى ينقضى يتمه ، فلعمرى إن الرجل لتنبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء منها ، فإذا أخذ لنفسه من المصالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم ، وأنه لا ينقطع عن اليتيم يتم حتى يبلغ ويؤنس منه رشد . فإذا بلغ النكاح وأونس منه رشده دفع إليه ماله وانقضى يتمه [١] » .

رابعا : القياس

لما كان الصغير يحجر عليه لتوهم التبذير فمن باب أولى يجب الحجر على كل من تحقق عنه هذا التبذير فى الواقع . ولما كان الحجر لا يرتفع عن البالغ إلا إذا كان رشيداً ، وكذلك الصغير لا تدفع إليه أمواله متى بلغ غير رشيد ، فكذلك بالقياس يجب الحجر على الكبير متى ظهر منه سفه أو تبذير ويجب غل يده عن أمواله [٢] .

خامسا المصلحة :

قال الجمهور إن الحجر على السفيه يحقق مصلحة خاصة ومصلحة عامة . فبمنع السفيه من التصرف نحافظ على أمواله ونمنعها من الضياع عن طريق التبذير حتى لا يصير وبالا على الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة فى بيت المال [٣] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٥ .
(٢) الأم ج ٣ ص ١٩٤ . والمبسوط ج٢٤ ص١٥٨ . والمادتان ٩٨٢، ٩٨٤ من المجلة .
(٣) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٦٧ .

والحجر على الحر لدفع الضرر عن العامة مشروع بالإجماع كما فى الحجر على المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس .

أضف إلى ذلك أن السفيه يظهر عادة بمظهر الثراء ويتزيى بزى الأغنياء فيأتمنه الناس على أموالهم أو يقرضوها إياه معتمدين على هذا المظهر الخادع ثم يفنى ثروته فتضيع عليهم حقوقهم[١] .

ولقد ورد هذا المعنى فى التوضيح فجاء فيه « إن الحجر واجب حقاً للمسلمين فإن السفهاء إن لم يحجروا أسرفوا فتركب عليهم الديون فتضيع أموال المسلمين فى ذمتهم . مثل ذلك أن يشترى جارية بألف دينار ولا فلس له فيعتقها فى الحال كما فعله واحد من ظرفاء طلبة العلم فى بخارى ، وقصته أنه دخل ذات يوم سوق النخاسين فعشق جارية بلغت فى الحسن غايته فعجز عن مكابدة شدائد هجرها وكان من الفقر والمتربة بحيث لم يملك قوت يومه ، فاستعار من بعض خلانه ثياباً نفيسة وبغلة لا يركبها إلا أعاظم الملوك ، فلبس لباس التلبيس وركب البغلة وشركاء درسه يمشون فى ركابه مطرقين حتى دخل السوق ، فظن التجار أنه حاكم بخارى الملقب بصدرجهان ، فجلس على نمرقة ودعا صاحب الجارية وساومه فاشتراها بألف دينار وأعتقها وتزوجها فى المجلس بحضرة العدول ، فرجع إلى منزله ممتلئاً بهجة وسروراً ورد العوارى إلى أهلها . فلما جاء البائع لتقاضى الثمن لقى المشترى وعرف فنونه فأخذ ينتف عثنونه[٢] » .

الرد على الجمهور ومناقشتنا لحججهم :

أولا : القرآن

١ — أما عن قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ، فقد قال

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) التوضيح على التلويح جـ ١ ص ١٩٠ .

أبو حنيفة إنه لا دلالة فى الآية على الحجر ، ذلك أن النهى الوارد فيها خاص فقط بمنع المال ، ولا محل لقياس الحجر على منع المال ، لأنه لو قيل إن المنع عقوبة فلا محل لإلحاق الحجر به ، إذ لا قياس فى العقوبات ، ولو قيل إن المنع معلول بعلة النظر للسفيه ، فلا محل للقياس أيضاً لأن منع المال عن السفيه إبطال نعمة زائدة وهى اليد والحاق له بالفقراء . أما إثبات الحجر ففيه إبطال لعبارته و إهدار لآدميته و إلحاق له بالبهائم ، وفى ذلك تفويت لنعمة أصلية ، لأن الإنسان يمتاز عن سائر الحيوان بالبيان ، فإن جاز إلحاق ضرر يسير به بتفويت النعمة الزائدة و إلحاقه بالفقراء فلا يجوز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية و إلحاقه بالبهائم من أجل النظر له(١) .

ويرى أهل الظاهر أن الآية لا دلالة فيها على منع المال أو الحجر بالنسبة للمبذر المسرف . فهم يرون أن الفقهاء أخطئوا فى تفسير السفه بالإسراف والتبذير . وهذا الزعم الخاطئ استقر فى النفوس ورسخ فى الأذهان نتيجة ما تلقاه الخلف عن السلف دون بحث أو مناقشة ، ولو رجعوا إلى نصوص القرآن الأخرى و إلى كلام العرب لسخروا من أنفسهم لهذا التسليم الأعمى ولوجدوا أن السفه لا يتعدى أحد معان أربعة : —

١ — البذاءة والسب باللسان .

٢ — الكفر .

٣ — الجهل .

٤ — انعدام العقل وضعفه .

وجمهور الفقهاء متفقون على عدم وجوب الحجر على بذىء اللسان والكافر والجاهل ، فلا يبقى إذن إلا أن نفسر السفه بانعدام العقل وضعفه . وبذلك يكون المقصود من الآية منع المال عن عديمى العقل وضعفائه . ويدل على ذلك ما رواه سالم

---

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للامام البزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ .

الأفطس عن سعيد بن جبير أن المقصود بالسفهاء فى الآية هم اليتامى . وما رواه اسماعيل بن خالد عن أبى مالك من أن المقصود هم الأولاد الصغار[(١)] .

ولقد قال ابن حزم فى كتابه المحلى إن تفسير السفيه بالمبذر ضرب بالظنون ، ولا يجوز أن يفسر كلام الله إلا بكلامه أو بكلام الرسول أو بالأدلة التى أقامها الشرع ، ونقد فسر جمع كبير من العلماء لفظ السفهاء بالنساء والصبيان ، من هؤلاء الحكم والحسن ومعاوية بن قرة ومجاهد والضحاك . ويعلق على ذلك ابن حزم بقوله : « أما الصبيان فنعم وأما النساء فلا ، فلم يأت قرآن ولا سنة بأنهن سفهاء بل لقد ذكرهن الله تعالى مع الرجال فى أعمال البر فقال : المتصدقين والمتصدقات »[(٢)] .

٢ — أما عن قوله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيها .. » فليس فيه دلالة على الحجر . ذلك أن صدر الآية أجاز صحة مداينة السفيه كما يتضح ذلك من قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » . والمقصود من الآية أنه لو كان الذى أبرم عقد المداينة جاهلا بإملاء الشروط فيجوز لولى الحق أن يمليه حتى يقرّ به السفيه الذى عليه الحق . ولا يمكن أن يكون المراد ولى السفيه ، إنما المراد ولى الدين لأنه لا يجوز لولى المحجور الإقرار عليه بالدين[(٣)] .

٣ — أما عن استدلال الجمهور بقوله تعالى « ولا تبذر تبذيرا » ، وقوله تعالى « ولا تسرفوا إن الله لا يحب المسرفين » فقد رد عليه أبو حنيفة بأنه لا دلالة فى هاتين الآيتين على الحجر ، فالنهى عن التبذير والإسراف شئ ، والحجر

---

(١) راجع القرطبى ج ٥ ص ٢٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٠ . يقول العرب فى النساء سفائه أو سفيهات لأنه الأكثر فى جمع فعيلة ، القرطبى ج ٥ ص ٢٨ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ٤٨٧ . والتبيين للزيلعى ج ٥ ص ١٩٤ . والبدائع ج٧ ص ١٧٠ .

على المبذر والمسرف شئ آخر . فالإنسان منهى عن ترك أرضه لا يسقيها وعن ترك دوره لا يعمرها ولكن لا يحجر على من خالف هذا النهى . أضف إلى ذلك أنه كيف يمكن الاستدلال بهاتين الآيتين على الحجر فى التصرفات التى لا تبذير فيها كالبيع .

ونحن نرى أن السبب الذى أدى بالجمهور إلى الاستدلال على الحجر من هذه الآيات راجع إلى تفسيرهم الإسراف والتبذير بكثرة الإنفاق . وهذا غير صحيح ، لأن الآثار تدل على أنه المقصود بها هو الإنفاق فيما نهى الله عنه . فقد روى اسماعيل بن اسحق عن محمد بن كثير عن سليمان بن كثير عن حصين عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال « المبذر هو الذى ينفق فى غير حق » . وروى يحيى بن سعيد القطان عن سفيان الثورى عن ابن عبيد عن ابن مسعود فى قوله تعالى ، ولا تبذر تبذيرا ، قال « الإنفاق فيما نهى الله عنه »[٢] . من هذا نرى أن كل نفقة نهى الله عنها حتى ولو كانت ضئيلة تعد إسرافاً وتبذيرا ، وكل نفقة أباحها الله مهما كثرت لا تعد إسرافاً وتبذيرا طالما أنها أبقت عن ظهر غنى .

ثانياً : السنة

استدل الجمهور على وجوب الحجر على السفيه بالأحاديث التى وردت بالنهى عن إضاعة المال . ولقد بينا أن النهى شىء والحجر شىء آخر . أضف إلى ذلك أن النهى وارد بخصوص إتلاف المال وصرفه فيما حرمه الله . أما صرفه فيما أحله الله من صدقة وهبة ومأكل ومشرب وملبس مهما كان ذلك كثيراً فإنه لا يعد إضاعة للمال . ودليل ذلك ما رواه محمد بن المثنى عن يعلى بن عبيد الطنافيسى عن محمد بن سوقة عن سعيد بن جبير قال : سئل أبى عن إضاعة المال فقال : أن يرزقك الله تعالى مالا فتنفقه فيما حرم عليك »[٢] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٠ .

(٢) المرجع المذكور عاليه فى الموضع المشار إليه .

من هذا نرى أن الأحاديث التى استند عليها الجمهور لا دلالة فيها على الحجر ؛ بل بالعكس وردت أحاديث يفهم منها أن من لا يحسن استثمار ماله لا يمنع منه ؛ من ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له أرض فليزرعها أو فليزرعها أخاه فإن أبى فليمسك أرضه » .

ولقد استدل ابن حزم بهذا الحديث و بين ما وقع فيه الجمهور من تناقض فقال « كيف تمنعون الشخص من الصدقة حتى ولو كانت بدرهم لأنه لا يحسن تثمير ماله وكيف تطلقون له بعد ذلك الا يثمر ماله ، حتى ولو أضر بأرباب الحقوق قبله ؟ »[١] .

ثالثاً : أقوال الصحابة

قال الجمهور إن الصحابة أجمعوا على وجوب الحجر على السفيه . ولكن من أين أتوا بهذا الاجماع ؟ أليس عبد الله بن جعفر وعائشة رضى الله عنهما من الصحابة ، وهما قد أبيا الحجر ؟ .

ولقد رد عليهم أبو حنيفة بأنه يجوز أن يكون المراد من الحجر الذى ارتآه على وعثمان هو منع المال ، فمن المحتمل أن يكون سن عبد الله بن جعفر وقت طلب الحجر عليه أقل من خمس وعشرين عاماً .

قد يقال إن عائشة لم تسوغ الاجتهاد عليها فحسب ، وبذلك لم تنكر الحجر مطلقاً ، ولكن يرد على ذلك بأنها أظهرت النكير فى الحجر إطلاقاً لقولها « لله على ألا أكلمه أبدا »[٢] ولو كان الحجر حكماً شرعياً لما استجازت هذا

---

(١) المرجع السابق ص ٢٩١ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٨٩ .

الحلف من نفسها على قول عثمان فيما هو حكم شرعى.[١] ثم كيف ينسب السفه إلى عائشة وهى من الصحابة ، والمبذرون إخوان الشياطين ؟ .

وإذا كان التبذير يوجب الحجر فلماذا سكت عمر بن الخطاب عن الحجر على صهيب ؟ . إذ قد روى عن زيد بن أسلم أنه سمع عمر بن الخطاب يقول لصهيب « ما فيك شىء أعيبه عليك إلا ثلاث خصال ولولاهن ما قدمت عليك أحداً : فقال له صهيب : ما هن فإنك طعان ؟ فقال عمر : أراك تبذر مالك وتكتنى باسم نبى وتنتسب عربياً ولسانك أعجمى . فقال له صهيب : أما تبذيرى مالى فما أنفقه إلا فى حقه . أما فى اكتنائى فإن الرسول كنانى بأبى يحيى أفأتركها لقولك ؟. وأما انتسابى إلى العرب فإن الروم سبتنى وأنا صغير فإنى لا أذكر أهل أبياتى ولو انفلقت عنى روثة لا نتسبت إليها » . فهذا عمر من كبار الصحابة يرى فعل صهيب تبذيراً ومع ذلك لم يحجر عليه[٢] .

ولو فرض أن بعض الصحابة رأى الحجر على المبذر فإن قولهم لا يكون حجة ملزمة لنا ، إذ أن رأى الصحابى لا يكون كذلك إلا فيما لا يدركه العقل أو فيما لا يعرف له مخالف فيه . أما ما صدر عن اجتهاده ، ومالم تتفق عليه كلمة الصحابة ، فلا يعتبر دليلا ملزماً[٣] .

رابعاً : القياس

قالوا إن علة الحجر على الصبى هى توهم التبذير ، وهذه العلة أكثر توفراً فى السفيه . ولقد رد على ذلك أبو حنيفه بأن علة الحجر على الصبى هى العجز بسبب الصبا ، وهذا العجز غير متوفر فى السفيه ، ومن ثم فلا محل للقياس .

---

(١) المبسوط جـ ٢٤ ص ١٦٢ .

(٢) راجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٩٧ .

(٣) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٨٢ . خلاف ، أصول الفقه ، ص ١٠٤ .

خامساً : المصلحة

قالوا إن الحجر على السفيه يحقق مصالح خاصة وعامة . ولقد انتقد الأستاذ محمد أبو زهرة هذا الزعم الباطل فى عبارة غاية فى القوة آثرنا أن ننقلها لدقتها وهاك نصها « إن الشخص ببلوغه عاقلا سفيها أو غير سفيه قد بلغ حد الإنسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها ، فأى منع له من التصرف أذى لإنسانيته وإهدار لآدميته ، فمن الكرامة التى يستحقها الإنسان بمقتضى كونه إنساناً أن يكون مستقلا فى أمواله وإدارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ويتحمل مغبة التصرفات السيئة ، وبالكبوة والنهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحجر عليه . فإن الحجر فى ذاته أذى لا يعدله أذى للحر الكريم ؛ إذ لا شىء آلم للنفس والروح من إهدار الأقوال وتقريب الإنسان من مرتبة البهائم التى تنعق بما لا تعقل ، فلتذهب كل أمواله إسرافاً وبداراً ولكن لتبق له نفسه ، ولتبق له آدميته فالمال غادر رائح ، وأما جروح النفس فليس لها التئام . ولقد عهدنا من الشارع الإسلامى أن يحترم الكرامة الإنسانية ، فالله يقول « ولقد كرمنا بنى آدم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات » . ولا يصح أيضاً لأحد أن يقول إن مصلحة الجماعة فى الحجر على سفهائها فى الأموال ، لأن مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استغلالها بدلا من أن تبقى آسنة فى أيدى من لا يحسنون القيام عليها »[١] .

مما سبق يتبين لنا أن الرأى القائل بالحجر على الحر العاقل لا سند له فى نصوص القرآن أو السنة ولا دليل عليه من الأدلة التى أقامها الشارع لمعرفة أحكامه .

---

(١) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨٠ .

ولقد سخر ابن حزم رحمة الله عليه من القائلين بهذا الرأى و بين ما وقعوا فيه من تناقض واتهمهم بمخالفة نصوص القرآن فقال « متى تحجرون على المرء ؟ أبأول مرة يغبن فيها فى البيع أم بأن يغبن مرة بعد مرة ؟ فإن قالوا : بأول مرة قلنا : فما على الأرض أحد إلا وهو عندكم مستحق للحجر عليه إذ لا سبيل أن يوجد أحد يبيع و يشترى إلا وهو يغبن ، و إن قالوا للمرة بعد المرة قلنا : حددوا لنا العدد . فإن حددوه كلفوا بالبرهان وكانوا قد زادوا تحكماً فى دين الله ، و إن لم يحدوا فى ذلك حدا كانوا قد أقروا بأنهم لا يدرون متى يلزمهم الحكم بما به يحكمون ولا متى يلزمهم وأنهم يحكمون بالجهالات والعمى . وكذلك تسألهم متى يحجرون عليه، إذا غبن بما يزيد على ما يتغابن الناس به بمثله أم إذا غبن بالكثير ؟. فإذا قالوا بالأول لاستحق جميع الناس الحجر عندهم ، و إذا قالوا بالثانى فما هو مقدار الغبن ؟. فإن لم يحدوه فيكونوا قد أظهروا عجزهم ، و إن حدوه فليأتوا لنا بدليل على هذا التحديد . قالوا إن المحجور عليه لا يكفر فى ظهاره ولا فى وطئه فى رمضان ولا فى قتله خطأ إلا بالصيام و إن كان غنيا ، لعمرى أليس فى هذا مخالفة صريحة لنصوص القرآن »[١].

حجج نفاة الحجر

قال أبو حنيفة بعدم جواز الحجر على السفيه واستدل على ذلك بما يأتى.[٢]

أولا — لقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود والعهود وندب إلى أعمال البر والتطوع والصدقة . من ذلك قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ص ٢٩٤ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٩ ، والملكية نظرية العقد ص ٢٧٩ ، والبدائع ج ٧ ص ٣٧٠ والأهلية وعواضها للشيخ احمد ابراهيم رحمة الله عليه ص ٦٩ والبزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ وما بعدها .

وقوله تعالى « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » . وقوله فى الحض على البر « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » وقوله « ما سلككم فى سقر قالوا : لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين » ومنه أيضا قوله تعالى « جاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله » . وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « اتقوا النار ولو بشق تمرة » .

الخطاب فى هذه النصوص عام يشمل جميع المكلفين . والمكلف هو كل شخص عاقل يفهم دليل التكليف . ولا يجوز إخراج بعض المكلفين من هذه النصوص دون دليل على هذا التخصيص وإلا كان ذلك مخالفة صريحة لنصوص القرآن وحضا على عدم الوفاء بالعقود مما يؤدى إلى أكل أموال الناس بالباطل.

ثم كيف نهدر أهلية المرء ونبطل صدقته وإنفاقه حتى ولو كان أغنى الأغنياء بحجة أنه مسرف ، ونحول بينه وبين سلوك الطريق الذى يؤدى به إلى الجنة ، وبعد ذلك نحافظ على أهلية من يقامر ويشرب الخمر . أليس فى هذا تناقض لا يقبله الشرع ولا يستسيغه العقل .

ثانيا — استدل أبو حنيفه بآيات الكفارات من ظهار أو قتل خطأ أو غيره [١] . فكل عاقل صدر منه السبب الموجب للكفارة لزم أن يكفر على النحو الذى أمر به الله تعالى ولا يمتنع نفاذ هذا الحكم إلا لمانع ،ولم يقل أحد إن السفه مانع من توجه الخطاب على المرء بحقوق الشرع . فإذا أردنا أن نسد عليه التصرف فى أمواله ونحجر عليه فى معاملاته مع الناس محافظة على هذه الأموال فأمامه باب آخر يستطيع أن يتسفه به بارتكاب الأسباب الموجبة للكفارة فيتمكن من إتلاف ماله بهذا الطريق . ولا يمكن أن نحول بينه وبين الكفارة لأنه مكلف بحقوق الشرع ويتحمل العقاب بتركه إياها .

---

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٩ وما بعدها . والبدائع ج ٧ ص ١٧٠ .

قال الصاحبان إنه يستطيع أن يكفر بالصيام وممنوع من التكفير بالمال . ولكن من أين أتوا بهذا التخريج ؟. فما دام السفيه مكلفا بحقوق الشرع ، فيجب القول بأنه مكلف على النحو الذى أمر به الله تعالى ، فيستطيع أن يكفر بالاعتاق. والقول بغير ذلك يعتبر مخالفة صريحة لنصوص القرآن .

ثالثاً — قال ابو حنيفة إن زوال الحجر وتوجه الخطاب ينبنى فى الأصل على اعتدال الحال ، واعتدال الحال أمر باطنى لا يمكن الوقوف على حقيقته فأقام الشارع السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل . ومتى تعذر الوقوف على المعانى الباطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها ، كما أقيم السير المديد مقام المشقة فى جواز الترخيص . وكما لا يعتبر الرشد قبل البلوغ فى زوال الحجر فكذلك السفه بعد البلوغ ليس له اعتبار فى إثبات الحجر .

رابعاً — السفه لا ينتقص من العقل . فالسفيه حر مخاطب بسائر التكاليف من عبادات ومعاملات « فلا تبطل عبارته ولا إقراره ويصح طلاقه وعتاقه ونذره ويمينه وإقراره على نفسه بالأسباب الموجبة العقوبة . ويقام عليه الحد إذا سرق أو زنا أو شرب خمرا . ولو جاز الحجر عليه بطريق النظر لكان الأولى أن يحجر عليه عن الاقرار بالأسباب الموجبة للعقوبة لأن ضرره يلحق بنفسه والمال تابع للنفس ، فإذا لم ينظر له فى دفع الضرر عن نفسه فعن ماله أولى »[1].

ثم كيف يحجر على السفيه فى الأمور المالية وهو حر فى إبرام عقود الزواج ، وهى أخطر شأنا من العقود المالية . أليست صلاحية عبارته فى ابرام الزواج دلالة على كمال أهليته وصلاحية عبارته للعقود الأقل شأنا ؟ .[2]

خامساً — قال الله تعالى « ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا » . هذا

---

(١) البزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨١ .

النص فيه نهى للولى عن الإسراف فى مال الصغير مخافة أن يكبر فلا تبقى عليه ولاية . والنص على زوال الولاية عن الصغير بالكبر يعتبر نصا على زوال الحجر عنه بالكبر .(١)

مما سبق يتبين لنا أن الرأى القائل بالحجر على السفيه لا يجد له سندا فى التشريع الإسلامى . إن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر على السفيه حتى يتوصلوا إلى حماية أموال المرء العاقل . وإنى أرى أن الشارع الإسلامى قد كفل هذه الحماية عن طريق آخر غير الحجر . فلقد نهى عن التصرفات المصحوبة بغش أو خداع، ولقد نهى عن الصدقة إذا لم يتبق بعدها غنى . فلقد قال الرسول « الصدقة عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول » . فأى صدقة أو تصرف يكون مخالفاً لهذا النهى يعتبر حراما وباطلا ومردودا دون حاجة إلى القول باهدار آدمية المتصدق أو المتصرف ، ودون أن نحمل نصوص القرآن والسنة مالا تحتمله ، ودون أن نكون قد نسبنا إلى الشارع الإسلامى — الذى كرم بنى آدم فى البر والبحر — اقراره الحجر على البالغ العاقل .

الحكمة من الحجر على السفيه

يرى الصاحبان أن الحكمة من الحجر على السفيه هى المحافظة على أمواله من الضياع حتى لا يصبح عالة على أسرته وعلى بيت المال . بينما يرى الشافعى أن الحجر على السفيه جزاء وعقوبة على فساده . وأثر الخلاف يظهر فيما إذا كان الشخص مفسدا لدينه مصلحا لماله . فوفقا للصاحبين لا محل للحجر ، ووفقا للشافعى الحجر واجب (٢) .

---

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٥ .

(٢) راجع البدائع ج ٧ ص ١٧٣ . والبزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ . وفتح العزيز ج ١٠ ص ٢٨٦ والمغنى ج ٤ ص ٥٢٢ والمدونة الكبرى ج ١٣ ص ٧٤ والبهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٠٨ .

والقوانين الحديثة التى أخذت بنظام الحجر على السفيه ما قصدت من وراء ذلك إلا المحافظة على أمواله . لذلك حكم عندنا فى مصر بأنه لا محل للحجر على على شخص ثبت أنه أقلع عن عادة الإسراف ، فليس الغرض من الحجر معاقبة الشخص على إسرافه وتبذيره بل الغرض منه حماية أمواله .[١]

هل يثبت الحجر بنفس السفه أم لا بد من حكم القاضى

الرأى السائد فى الفقه الإسلامى هو أن الحجر على السفيه لا يتقرر إلا بحكم القاضى[٢] . وقد شذ عن هذا الرأى محمد بن الحسن فقال : إن السفيه محجور عليه لذاته كالمجنون والمعتوه والصغير . كما ذهب نفر[٣] من الفقهاء إلى القول بجواز الحجر على السفيه من قبل الأب أو الجد ، وهو قول غير مشهور . وإليك البيان فى المذاهب المختلفة :

الحنفية : اختلف الصاحبان . فيرى أبو يوسف أن تصرفات السفيه جائزة حتى يضرب الإمام على يده ، بينما يرى محمد أن أفعال السفيه غير جائزة إطلاقا سواء حجر عليه الإمام أم لم يحجر عليه .

حجج أبى يوسف : استدل أبو يوسف على رأيه بالحجج الآتية : —

١ — لو كانت تصرفات السفيه مردودة قبل الحجر لما احتاج السلطان لأن يحجر على أحد .

٢ — السفه ليس بشىء محسوس وإنما يستدل عليه بآثاره ، لذلك يتعين

---

(١) حسبى عال ٢٨/٤/١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ عدد٦١ ص ١٠٢ .

(٢) المدونة ج ١٣ ص ٧٥ . شرح الحطاب وبهامشه شرح المواق ج ٥ ص ٧٤ . المغنى ج ٤ ص ٥٢٥ . المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ .

(٣) فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٨٦ .

على القاضى أن يتبين بنفسه هذه الآثار لمعرفة ما إذا كانت تعتبر دليلا على السفه أم لا .

٣ — الحجر بسبب السفه مختلف فيه بين العلماء ؛ لذلك وجب ألا يثبت إلا بحكم القاضى رفعاً للخلاف [١] .

٤ — استقرار المعاملات يقضى بأن الحجر على السفيه لا يثبت إلا بحكم القاضى حتى يعلم الناس بحقيقة أمره فيكفوا عن التعامل معه ، بينما لو قيل إن الحجر يثبت بنفس السفه لترتب على ذلك مفاجأة الغير ببطلان العقود التى أبرموها معه حالة كونهم لا يعلمون من أمره شيئا .

حجج محمد : أما محمد فقد استدل على رأيه بما يلى :

١ — ما رواه البخارى من حديث جابر من أن رجلا أعتق عبداً ليس له مال غيره فرده النبي ولم يكن قد حجر عليه قبل ذلك . ونحن نرى أن إبطال الرسول لعتق هذا الرجل لا يرجع لكونه سفيها ، وإنما يرجع لمخالفة الحديث القائل « الصدقة عن ظهر غنى » .

٢ — السفه علة الحجر ، فإذا تحققت العلة وجد معلولها دون حاجة إلى صدور حكم من القاضى كما هو الحال بالنسبة للجنون والصغر والرق [٢] . وهذه الحجة مردودة أيضاً لأن من شروط العلة أن تكون أمراً ظاهراً والسفه أمر باطنى ومن ثم لا يصلح أن يكون علة .

٣ — إذا لم يقيد الحجر بوقت السفه فقد يصبح عديم الفائدة بعد ذلك ، إذ يحتمل أن يتصرف السفيه فى أمواله بالهبة والبيع بغبن فاحش ويتمادى فى تلك التصرفات حتى إذا رفعت الدعوى أمام القضاء وبحث القاضى وراء الحقيقة يكون السفيه قد أفنى ماله فلا يعود للحجر فائدة بعد ذلك [٣] .

---

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٦٩ .

(٢) المبسوط جـ ٢٤ ص ١٦٣ .

(٣) هاشم مهنا ، الموسوعة الحسبية ، ص ٤٩٧ .

الشافعية والحنابلة يفرقون بين فرضين : —

١ — إذا بلغ الصبي سفيهاً فإن الحجر يستمر عليه دون حاجة إلى صدور حكم من القاضى لأن الحجر لا ينفك عن الصبى إلا إذا بلغ رشيدا ، فإذا بلغ سفيهاً فهو على الحجر حتى يرشد ، ويكون النظر فى ماله لوليه قبل البلوغ من أب أو وصى أو قاض [١] .

٢ — أما إذا بلغ الصبى رشيداً ثم تسفه فلا يحجر عليه إلا بحكم القاضى وتكون الولاية فى هذه الحالة للقاضى وحده ، ولا تعود إلى الأب لأنها زالت ببلوغ الصبى رشيداً . [٢]

المالكية : قالوا إذا عرض للشخص السفه بعد بلوغه بزمن قليل كسنة فإن الحجر عليه يكون من حقوق أبيه ، فكأنه فى حكم الصبى ، والحجر على الصبى من حقوق الأب . أما إذا عرض السفه بعد البلوغ بزمن أكبر فلا يمكن إلحاق الشخص بالصبى ، لذلك يكون الحجر من حق الحاكم ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم الحاكم . [٣]

مما سبق يتبين لنا أن الرأى السائد فى الفقه الإسلامى هو أن الحجر على السفيه لا يتقرر إلا بحكم ، وأن الولاية عليه — فى حالة الحجر بعد البلوغ — تكون للحاكم فقط . ولقد أكدت المجلة هذا الحكم فى المادة ٩٨٤ فنصت على أنه « إذا أعطى للصغير مال عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيها يحجر عليه من قبل

(١) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٦ .
(٢) هناك رأى ضعيف عند الشافعية يقرر أن الولاية على من تسفه بعد البلوغ تعود لأبيه أو جده . رواه البلخى عن أبى كج . راجع فتح العزيز للرافعى بذيل المجموع للامام النووى جـ ١٠ ص ٢٨٦ .
(٣) البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ص ٢٧٩ . وحلى المعاصم للتاودى بهامش البهجة بنفس الصفحة .

الحاكم » . كما نصت المادة ٩٩٠ على أن « ولى السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية » .

ولقد قررت الحكم السابق المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال فنصت على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للغفلة أو السفه ولا يرفع الحجر عنه إلا بحكم » . كما نصت المادة ١٩ من نفس القانون على انتهاء الولاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل هذه السن باستمرار الولاية عليه . وإذا انتهت الولاية فلا تعود إذا قام بالشخص سبب من أسباب الحجر (المادة ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

فى القانون المصرى

قلنا إن المشرع المصرى أخذ بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية . فقرر الحجر على السفيه بحكم يصدر من المحكمة . أما بالنسبة للأحوال التى يجب فيها الحجر للسفه فقد حذا المشرع المصرى حذو سائر التشريعات فى تجنبه تعريف الأسباب الموجبة للحجر لسببين .

أحدهما : هو أن التعريفات أدخل فى الفقه منها فى التشريع .

وثانيهما : هو أن العمل لم يجد صعوبة فى تحديد هذه الأسباب[١] .

لذلك يجدر بنا أن نستعرض أحكام المحاكم المصرية لنستخلص منها ما استقر عليه قضاؤنا فى تحديد السفه الموجب للحجر . وإليك بعض هذه الأحكام :—

أحكام القضاء المصرى فى تحديد حالة السفه

— حكم بأن السفه الذى يستوجب الحجر هو ما تجاوز العادة فى الإنفاق . أما الشاب الميسور الذى يجارى أقرانه فى الإنفاق والاستدانة ولا يتجاوز حالتهم فلا تستوجب حالته الحجر[٢] .

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون المحاكم الحسبية .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٦٣ .

— إذا استدان شخص مبلغاً طائلا لا يتناسب مع إيراده عد تصرفه هذا دليلا على التبذير المحقق لمعنى السفه[١].

— يستحق الحجر من ثبت سوء تصرفه وتبذيره لماله وصرف مبالغ فى سبيل شهواته مما لا ينطبق على مقتضى العقل والشرع[٢].

— بيع امرأة لمصوغاتها لا يفيد وحده وبذاته سوء التصرف[٣].

— يعتبر سفيهاً من يبدد فى مدة وجيزة ميراث والده لأن الاستدانة الهائلة التى تستغرق قيمة تركة قبل أن يكون للشخص ثروة هو عين السفه الذى يقتضى الحجر على صاحبه[٤].

من هذه الأحكام يتبين لنا أن المحاكم عندنا تحدد السفه بعاملين :

العامل الأول (مادى)

وهو الإنفاق فى الأموال انفاقاً يجاوز العادة . وتأخذ المحاكم فى تحديد حالة السفه بمعيار شخصى . فتجعل مقياس الإنفاق شخصاً يماثل المطلوب الحجر عليه فى مركزه وثروته . إنما يشترط أن يكون من شأن هذا الإنفاق أن يؤدى إلى ضياع ثروته ، إذ ليس الغرض من الحجر معاقبة الشخص على تبديده وانفاقه بل الغرض منه حماية أمواله .

العامل الثانى (معنوى)

ومقتضاه أن يتوفر لدى الشخص شهوة اتلاف المال نتيجة شذوذ فى طباعه، فتضعف هذه الشهوة من إرادته حتى ينساق إلى التصرفات غير عابىء بما قد يترتب عليها من خسارة فى أمواله .

---

(١) حسبى عال ٦/١/٢٤ السنة الرابعة محاماة رقم ٣٣٧ ص ٤٣٩ .

(٢) حسبى عال ٢ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة رقم ٤٨٥ ص ٦٤٣ السنة الرابعة .

(٣) حسبى عال ٣٠ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة رقم ٥٦٣ ص ٧٣٥ السنة الرابعة .

(٤) حسبى عال ٢٢/٧/١٩١٣ شرائع ٢ ص ١٤ .

وقد يتصرف الشخص تصرفاً يؤدى إلى ضياع أمواله كلها ومع ذلك لا يعتبر سفيهاً لعدم توفر شهوة الإتلاف . لذلك حكم بأنه إذا كفل شخص بحسن نية مدينين كان يعتقد أنهم موسرون وخسر بسبب ذلك ، فلا تسوغ خسائره طلب الحجر عليه بسبب السفه، لأن السفه شرعاً هو تبذير الأموال على غير مقتضى العقل والشرع ، وحالة الكفالة لا تقتضى القول بأن الكفيل قد عرض أمواله للتبذير والضياع لأن هذه النتيجة لم تكن فى حسبانه وقت الكفالة ويجوز أن تحصل لأشد الناس حرصاً[١] . كما حكم بأنه إذا تصرف شخص ببيع أطيانه رغبة منه فى الاتجار بقيمتها على أمل الربح فلا يستدعى هذا التصرف توقيع الحجر عليه باعتباره سفيهاً[٢] . كما حكم بأنه إذا كان التصرف مبنياً على غاية شريفة فى نظر المتصرف لا ينكرها العقلاء أو لمصلحة يراها هو جديرة بالعناية فى نظره كمصلحته فى ضمان نفقة تجرى عليه شهريا أو تعهد المشترين من أولاده بوفاء الديون المقيدة على الشىء المبيع لأربابها فإنه لا يصح الحجر عليه[٣] .

كما حكم أيضاً بأن السفه زيادة تخالف المعقول ، فإدارة الأموال التى تكون وخيمة العاقبة وتكون سبباً فى ضياع قسم عظيم من المال لا تعد من السفه والإسراف[٤] .

مما سبق يتضح لنا أن السفه يتحدد بعاملين : أحدهما مادى وهو مجاوزة الإنفاق للعادة ، وثانيهما معنوى وهو نية إتلاف المال .

والواقع أن العامل المعنوى أهم من العامل المادى ، ذلك أن مجاوزة الانفاق للعادة ليست إلا مجرد دليل لإثبات نية الإتلاف . لذلك يتحقق السفه إذا ثبتت هذه النية بدليل آخر ، كما ينتفى بانتفائها حتى ولو تجاوز الشخص ماجرت عليه العادة فى الإنفاق .

---

(١) حسبى عال فى ٢٢ ابريل سنة ١٩١٧ مجموعة رسمية ١٩٢٠ ص ٢٠٩ .
(٢) حسبى عال ٢٦/١٠/١٩٢٢ محاماة س ٥ رقم ١٩ ص ١٥ .
(٣) حسبى عال ، المحاماة ، س ٣ ص ٤٩٩ و س ١١ ص ٧٠٥ .
(٤) استئناف عال ١٦ ابريل سنة ١٩٠٦ حقوق ١٨ ص ١٨٨ .

وإنى أرى أن السفه ليس إلا عيباً يضعف من إرادة الشخص بالرغم من كمال تمييزه . فهو يدرك مقدماً ما يترتب على تصرفه من خسارة فى أمواله ، ومع ذلك ينساق إلى إبرام التصرف نتيجة تسلط شهوة إتلاف المال على إرادته . ولكن يختلف السفه عن سائر عيوب الرضا و بصفة خاصة عن الاستغلال فى أنه عيب مستمر فى الإرادة يصاحب الشخص طالما سيطرت عليه شهوة إتلاف المال . من أجل ذلك أوجب القانون الحجر على السفيه بعكس الحال فى عيوب الرضا . فهى عيوب مؤقتة تشوب إرادة الشخص فى حالة معينة بالنسبة لتصرف معين .

اشهار الحكم الصادر بالحجر على السفيه

يرى معظم الفقهاء الشرعيون ضرورة إشهار الحكم الصادر بالحجر حتى يعلم به الغير فيتجنب معاملة المحجور عليه ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى اضطراب المعاملات . لأن الغير قد يفاجأ ببطلان تصرفه نظراً لأن من تعامل معه محجور عليه دون أن يكون له علم بهذا الحجر . لذلك جاء فى كشاف القناع[1] « من حجر عليه الحاكم استحب إظهاره عليه والإشهاد عليه لتجتنب معاملته وإن رأى الحاكم أن يأمر منادياً بذلك ليعرفه الناس فعل » . وأوجب المالكية على الأب فى الحالة التى يجوز له فيها أن يحجر على ابنه السفيه بعد بلوغ الرشد (وهى بعد البلوغ بسنة) أن يشهد الشهود على أنه جدد الحجر عليه[2] .

ولقد أخذت المجلة بنظام إشهار الحجر فقررت فى المادة ٩٦١ أنه « إذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يشهد و يعلن للناس ببيان سببه » . و بإعلان الحجر يعلم المحجور حقيقة أمره ومصير تصرفاته . لذلك نصت المادة ٩٦٢ من المجلة على أنه « لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره

---

(١) جـ ٢ ص ٣٣٦ .

(٢) البهجة على شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٧٨ . والمدونة الكبرى جـ ١٣ ص ٧٤ .

غيابياً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر إلى ذلك المحجور . ولا يكون محجوراً ما لم يصل إليه خبر أنه قد حجر عليه . وتكون عقوده وأقاريره معتبرة إلى ذلك الوقت » .

وفى مصر يتم إشهار القرارات الصادرة بالحجر بتسجيلها وتسجيل الطلبات المقدمة بشأنها فى سجل معد لذلك بمحكمة مصر الابتدائية .

والقرار الصادر بالحجر لا يكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم بشأنه أو من تاريخ تسجيل الحكم إن لم يكن الطلب قد سجل . وفى ذلك أخذ بمبدأ حماية الغير حسنى النية الذين يتعاملون مع شخص يجهلون أنه محدود الأهلية .

وتسجيل الطلب أو القرار حتى ولو لم يكن نهائياً يجعله حجة على الكافة ، إذ يجب على من يتعامل مع آخر أن يتحرى ويبحث عن أهلية المتعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد وإلا فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله . وفى مكنة الغير أن يتبين ذلك باطلاعه على السجل الموجود بالمحكمة الخاص بتسجيل قرارات الحجر والطلبات المقدمة بشأنه .

ونحن نرى أن طريقة تسجيل طلبات الحجر وقراراته التى أخذ بها القانون المصرى طريقة قاصرة من الناحية العملية . وكم كان يحسن بالمشرع لو أنه اشترط أيضاً تسجيل هذه القرارات والطلبات فى قلم الشهر العقارى الكائن بدائرته عقارات المحجور عليه أو المطلوب حجره حتى يتبين ذلك من يتعاقد معه بمجرد الاطلاع على صحيفة عقاراته المدونة فى الشهر العقارى . ولا سيما أن التصرفات العقارية أخطر شأناً من غيرها . وبذلك نوفر على الغير مؤونة الانتقال من أقاصى البلاد إلى القاهرة ليطلع فى قلم التسجيلات بمحكمة مصر الابتدائية عما إذا كانت هناك طلبات أو قرارات حجر بالنسبة لمن يتعامل معه .

ولقد سبقنا إلى الأخذ بهذه الطريقة القانون السورى واللبنانى ففيهما يشترط لتقييد حرية المالك المحجور عليه فى تصرفاته العقارية ، أن يسجل قرار الحجر فى صحيفة عقاراته المدونة فى السجل العقارى حتى تكون نافذة المفعول فى حق من يتعاقد معه من الناس . ولا يكفى النشر فى الصحف فقط [1] .

اثبات حالة السفه :

يجب أن يبين فى طلب الحجر الوقائع التى تدل على السفه كما يجب على المحكمة أن تبين هذه الوقائع فى حكمها مع ذكر تواريخ حصولها واقعة واقعة والدليل على كل منها وتاريخ الطلب المقدم بالحجر . إذ يتعين أن يكون الحكم مظهراً لكافة الوقائع وظروفها وأدلتها بحيث يمكن أن يستغنى المطلع عليه بما أثبتته المحكمة دون الرجوع إلى ملف الدعوى لفهم ما يريده القاضى . ولا يكفى لتسبيب الحكم قوله أنه « يؤخذ من تقريرى حضرة العضو المنتدب لفحص حالة المطلوب الحجر عليه أنه سفيه لا يحسن التصرف فى أمواله » [2] . فالقول بان شخصاً سفيه لا يحسن التصرف فى ماله هى جملة مبهمة لا يليق أن تكون سبباً لإهدار آدميته بحرمانه من أخص لوازمه وهى حرية التمتع بأمواله والتصرف فيها بلا رقيب . وعلى ذلك يجب تفصيل وقائع السفه وسوء التصرف وإقامة الدليل عليها .

---

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود ، صبحى المحمصانى ، ج ٢ ص ١٢٦ .

(٢) حسبى عال ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة رقم ٦٥ — ص ١٤٤ — السنة العاشرة .

هل ينفذ قرار الحجر من تاريخ صدوره أم من تاريخ تسجيله

قبل صدور قانون المحاكم الحسبية كانت المحاكم تقضى بأن قرار الحجر يعتبر حجة على الغير من وقت صدوره وليس من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية لأن النشر من الإجراءات الخارجية التى لا تأثير لها فى القرار، ولأن الأمر بالنشر لم يرد فى القانون بل ورد فى اللائحة التنفيذية الخاصة بترتيب المجالس الحسبية (١).

لذلك حكم بأن عدم النشر لا يغير من صفة المتعاقد إذ يجب على من تعاقد معه أن يتحرى ويبحث عن أهليته حتى يتأكد من صحة التصرف وإلا كان مسئولا عن نتيجة إهماله (٢).

ولكن قانون المحاكم الحسبية والقانون المدنى الجديد نصا صراحة على أن قرار الحجر لا ينتج أثره إلا من وقت تسجيله أو تسجيل الطلب المقدم بشأنه — هذا بالنسبة للغير حسن النية. أما بالنسبة لسىء النية فالقرار ينتج أثره ولو لم يكن قد سجل أو سجل الطلب المقدم بشأنه.

رفع الحجر عن السفيه :

أخذ القانون المصرى برأى أبى يوسف فيما يتعلق بتوقيع الحجر ورفعه. فقرر القانون المدنى وقانون الولاية على المال أن الحجر على السفيه البالغ لا يوقع لا يرفع إلا بحكم. والحكم الصادر برفع الحجر لا ينفذ فى مواجهة الغير إلا من يوم صيرورته نهائياً وبعد تسجيله. هذا بعكس الحكم الصادر بالحجر فإنه يعتبر حجة على الغير بمجرد تسجيله (إذا لم يكن الطلب قد سجل) حتى ولو لم يكن نهائيا. والأصل أن رفع الحجر لا يكون إلا بطلب من المحجور عليه. لذلك حكم

---

(١) محكمة استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩١٦ — رقم ٧٢ — ص ٣٨٦ المحاماة السنة الأولى، محكمة استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ رقم ٤٨ — ص٧٢ السنة التاسعة.

(٢) حسبى عال ١٩٢١/٢/٢٥ محاماة س ٢١ رقم ١٠٨ص ٥١٦ .

بأنه إذا قرر المجلس الحسبى (محكمة الأحوال الشخصية) توقيع الحجر على شخص فلا يجوز لولده أن يرفع إلى المجلس الحسبى العالى استئنافاً عن القرار المذكور يطلب فيه إلغاء الحجر[١] . ومع كل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن ترفع الحجر عن شخص ولو لم يطلب ذلك ، كما لو زال السبب الذى من أجله وقع الحجر أو أصبح المحجور عليه من غير مال .

(١) حسبى عال ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٢٦١ ص ٢٣٥ س ٤ محاماة .

المبحث الثانى

أهليـــة السفيـــه

٢ — فى القانون الرومانى

كان القانون الرومانى القديم يلحق السفيه المحجور عليه بالمجنون بالنسبة لجميع تصرفاته . والظاهر أن هذا التشدد كان راجعاً إلى أن الحجر لم يتقرر إلا للمحافظة على أموال الأسرة بدليل أنه لم يكن يوقع إلا على السفهاء الذين يبذرون الأموال التى آلت إليهم عن طريق آبائهم وأجدادهم دون أن يكون لهم أولاد . إلا أن الحال تطور فى العصر العلمى وأخذت تسود الحجر فكرة حماية أموال المحجور عليه فشمل جميع أمواله حتى ولو آلت إليه عن غير طريق آبائه وأجداده .وأصبحت أهلية السفيه كأهلية الصبى Pubertati Maximus بالنسبة لجميع التصرفات ، إذ أجيز له القيام بكل التصرفات التى تزيد من أمواله دون التى تنقص منها ، وينصب عليه قيم Corator لينوب عنه فى التصرفات المضرة بمصلحته[١] .

٣ — فى القانون الانجليزى

التشريع الإنجليزى — كما بينا — على النقيض من سابقه لا يقيد أبدا من حرية السفيه فى إبرام التصرفات حتى ولو كانت ضارة به طالما أنه بالغ عاقل . وهذا يوافق رأى أبى حنيفة وإن كان يخالفه فيما يتعلق بتسليم المال إلى السفيه[٢] .

(١) يوستنيانوس الأحكام (١ ، ٢٣ ، ٣) . جيرار ص ٢٣٥ ص ٢٣٨ . بدر والبدراوى ، القانون الرومانى ، ص ٢٢٣ .

(٢) راجع كتاب Hibberts leading cases in confltct of laws سنة ١٩٣١ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ والأحكام الصادرة فى القضايا الآتية : Worms. V. De Valdor 1880. 49 L. J. ch. 261, in Re Selot's Trust 1902, I, ch 488

٤ — فى القانون الفرنسى

لم يأخذ القانون الفرنسى بنظام الحجر على السفيه كما فى القانون الرومانى ، ولا هو أطلق له حرية إبرام التصرفات كما فى القانون الإنجليزى . بل اتخذ تدابير متوسطة لحمايته ، فأجاز للمحكمة أن تنصب على السفيه قيما قضائيا لأجل الإشراف عليه ومساعدته فى بعض التصرفات .

ويلاحظ أن نظام المساعدة القضائية ليس مقصوراً على السفيه . بل يجوز أن يشمل أى شخص آخر ترى المحكمة أنه غير قادر على إدارة أمواله إما بسبب عجزه الجسمانى أو بسبب ضعفه العقلى إذا كان هذا الضعف لا يصل إلى درجة الجنون أو البله . لذلك حكمت المحاكم الفرنسية بجواز تعيين مساعد قضائى فى حالة الصمم أو السكر المعتاد أو الشيخوخة المتقدمة إذا ترتب على ذلك عدم قدرة الشخص على المحافظة على أمواله [١].

ولقد حدد القانون الفرنسى فى المادة ٥١٣ الأعمال التى لا يستطيع السفيه مباشرتها إلا بإشراف المساعد القضائى . وطريقة التحديد فى التشريع معيبة إذ يحتمل أن يكون ناقصاً . وفعلا لم تتضمن المادة ٥١٣ أعمال الشراء مع العلم بأنه لو أجيز للسفيه القيام بها وحده لترتب على ذلك إمكان أن يشترى أشياء غير مفيدة وغالية مما قد يؤدى إلى خرابه . وبذلك تضيع الحكمة التى من أجلها تدخل المشرع لحمايته . لذلك نجد أن القضاء الفرنسى توسع فى تفسير الأعمال الواردة فى المادة المذكورة .

وسنتكلم عن الأعمال التى حرم القانون على السفيه مباشرتها بدون معاونه المساعد ، ومدى توسع المحاكم فى تفسير هذه الأعمال ، وذلك بعد أن نستعرض بعض أحكام القضاء الفرنسى فى تحديدها للسفه الموجب المساعدة القضائية .

---

(١) بلانيول ج ١ ص ٨١٥ . وانظر باريس ١١ ديسمبر ١٩٠٣ د ـ ١٩٠٦ ـ ٢ ـ ١٢٧ .

أحكام القضاء الفرنسي تحديد حالة السفه

تضاربت أحكام القضاء الفرنسي في تحديد حالة السفه .

فبعض الأحكام ترى أن السفه لا يتحقق إلا إذا كانت المصاريف لا تتناسب بشكل ظاهر مع موارد الشخص . لذلك حكم بأنه لا سفه فى نظر القانون مهما بلغ مقدار المصاريف ومهما تنافت أبواب الصرف مع مكانة الشخص أو تجافت مع مصلحته أو حتى إذا تجردت من كل غاية شريفة ما دامت هذه المصاريف على كثرتها تتناسب مع موارد صاحبها[١] . وعلى العكس من ذلك قضت بعض الأحكام بأن مجرد الإسراف وحده يكفى لتحقيق حالة السفه حتى ولو كان ذلك متناسباً مع موارد الشخص . لذلك حكم بأن تنصيب قيم قضائي بسبب السفه يجوز أن ينبنى على أن أبواب الصرف تكشف عن إسراف وضعف فى الإرادة وفى الوازع الخلقى وذلك حتى ولو لم يكن نتيجة هذا تعريض الثروة العائلية للضياع[٢] .

ولقد استقر القضاء والفقه على الأخذ بالرأى الأخير . لذلك يعتبر السفه ضعفاً فى الإرادة، والوازع الخلقى يدفع الشخص إلى الإنفاق فى أمور غير منتجة ولو لم يتجاوز هذا الإنفاق موارده طالما أنه انفاق تعسفى[٣] .

وتحديد السفه على النحو السابق يتفق والرأى الذى قلنا به من أن السفه ضعف فى الإرادة نتيجة تسلط شهوة اتلاف المال على هذه الإرادة وان مجاوزة الانفاق للعادة ليست إلا مجرد دليل لإثبات هذه الإرادة الضعيفة .

---

(١) باريس ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ ، د. ع — ١٨٩٤ — ٢ — ٢٣٣ .

(٢) ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ ، د. د. ١٩٢٨ — ١ — ٥٨ .

(٣) بلانيول جـ ١ ص ٨١٥ .

الأعمال الواردة فى المادة ٥١٣ فرنسى

أولا : الاقتراض : يحرم على السفيه أن يقترض أى مبلغ من المال حتى ولو كان هذا المبلغ تافها . كما لا يحق له أن يجيز قرضاً أبرمه وهو قاصر . ولو أن بعض الأحكام قد خولت له هذا الحق إذا تعهد برد المبلغ المقترض من دخله بأقساط سنوية دون إرهاق له . ولكن هذه الأحكام منتقدة للأسباب الآتية[١] :

(ا) لا يستطيع الشخص أن يجيز عقداً اجازة صحيحة إلا إذا توفرت لديه أهلية القيام بهذا العقد .

(ب) هذه الأحكام تجيز للسفيه ضمناً أن يبرم وحده قرضاً إذا كانت حالته المالية تمكنه من الوفاء بسهولة من دخله . وهذا مخالف للتحريم الوارد فى المادة ٥١٣ ، وهو تحريم مطلق بدون قيد أو تحفظ .

ويلتزم السفيه بالقرض الذى أبرمه وحده بقدر ما استفاد منه[٢] .

ثانيا : التصرف فى الأموال : لا يستطيع السفيه أن يتصرف وحده فى أمواله أيا كانت طبيعة هذا التصرف ، وأيا كان المال محل التصرف ، أى سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً ، وسواء كان المال منقولا أو عقاراً . وتستثنى من ذلك التصرفات التى تتسم بطابع الإدارة كبيع المحصولات الزراعية[٣] .

---

(١) كابيتان ج ١ ص ٦٠٤ .

(٢) نقض أول أغسطس ١٨٦٠ د — ٦٠ — ١ — ٣١٦ .

(٣) محكمة السين المدنية ١٧ اكتوبر سنة ١٩٢٢ د — ١٩٢٢ — ٢ — ١٧٣ .

ثالثاً : الرهن : تحرم المادة ٥١٣ على السفيه أن يرهن أمواله . وهذا التحريم يتمشى مع تحريم الاقتراض والتصرف . ذلك أن الرهن يعتبر من أعمال التصرفات ، إذ يستطيع الدائن المرتهن الذى لم يحصل على دينه أن يحجز على العقار المرهون وأن يبيعه . أضف إلى ذلك أن الرهن غالباً ما يكون ضماناً لعقد قرض ، والسفيه ممنوع من الاقتراض .

رابعاً : التقاضى : يحرم على المحكوم بمساعدته أن يتخاصم أمام القضاء سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه ، أياً كانت طبيعة النزاع سواء كان متعلقاً بحالته الشخصية أو كانت له صبغة مالية (١) . لذلك حكم بأن السفيه لا يستطيع أن يطالب بالطلاق إلا بمساعدة القيم (٢) .

ويستثنى من هذه القاعدة ما يلى :

١ — يستطيع السفيه أن يدافع عن نفسه فى الدعوى المدنية المرفوعة عليه أمام المحاكم الجنائية . إذ من غير المعقول أن يباح له الدفاع عن نفسه فى الدعوى الجنائية ويحرم من الدفاع فى الدعوى المدنية . ذلك أن النتائج التى قد تترتب على الدعوى الأولى أخطر من تلك التى قد تترتب على الدعوى الأخيرة .

٢ — يستطيع السفيه أن يستأنف الحكم الصادر بتعيين مساعد له أو يدافع عن نفسه فى دعوى حجر (٣) .

كما يستطيع السفيه أخيراً أن يباشر بنفسه الإجراءات ذات الصبغة التحفظية كاجراءات قطع التقادم .

---

(١) ليموج ٢ يونيو سنة ١٨٥٦ د. ٥٧ — ٢ — ٢٦ .

(2) Seine 2 Mars 1935, Gaz. Palais 1935, I. 952.

(3) Seine 30 Avril 1870, D. 70-3-78 ; leige 12 Juillet 1882 - D-84 2-200.

خامسا : الصلح : الصلح من بين الأعمال المحرم على المحكوم بمساعدته أن يقوم بها وحده . لأن الصلح عبارة عن تصرف و بموجبه يتنازل عن بعض حقوقه وهو ممنوع من ذلك .

سادسا : تسلم مبلغ من المال : يحرم على المحكوم بمساعدته أن يتسلم مبلغاً من المال أو أن يعطى مخالصة عنه .

توسع المحاكم في تفسير الأعمال الواردة في المادة ٥١٣ مدني فرنسي

توسعت المحاكم الفرنسية فى تفسير الأعمال الواردة فى المادة ٥١٣ فحرمت على المحكوم بمساعدته أن يباشر أعمالا أخرى قياساً على الأعمال الواردة فى النص، من ذلك أنها حرمت عليه تقرير حق ارتفاق أو أى حق عينى آخر على مال من أمواله ، لأن إنشاء أى حق من هذه الحقوق يعتبر تصرفاً جزئياً . كما حرمت عليه أن يقبل وحده تركة أو يرفضها ، ذلك أن قبول التركة لا يمكن أن يصدر إلا من شخص له أهلية رفضها ، وأهلية الرفض تستلزم وجود أهلية التصرف . أضف إلى ذلك أن من يقبل تركة يلتزم بما عليها من ديون. من أجل ذلك استلزم القضاء تدخل المساعد لمعاونة السفيه فى قبول التركة أو رفضها [١] . ولقد استقر القضاء أيضاً على منع السفيه من أن يباشر وحده عقد القسمة لأن هذا العقد يستلزم فيمن يباشره توفر الأهلية الكاملة [٢] . كما لا يجوز للسفيه دون مساعدة القيم

---

(١) أوبرى ورو جـ٤ ص ٦١٠ . ومحكمة داوى ٣٠ يونيو سنة ١٨٥٥ د. ـ ٥٦ ـ ٢ ـ ٥٦ .

(٢) Req ١٥ مارس ١٩١٠ د. ١٩١٣ ـ ٥ ـ ٢٦ .

أن يوقع المشارطات الزوجية المنظمة للعلاقات المالية. ويحرم عليه بصفة خاصة أن يضمن هذه المشارطات هبة ما لزوجته المنتظرة[١] . وأخيراً لا يجوز للسفيه القيام بالأعمال التجارية ولا مباشرة التجارة لأن مساعدة القيم القضائى يجب أن تكون خاصة بكل تصرف على حدة ، ومن المستحيل عملا تقديم هذه المساعدة بالنسبة لكل عمل من أعمال التجارة[٢] .

وظيفة المساعد القضائي

تقتصر وظيفة المساعد القضائى بحسب الأصل على مجرد معاونة السفيه فقط ، دون أن يتدخل شخصياً فى التصرفات الصادرة منه . إذ ليس للمساعد صفة النيابه، لذلك لا يستطيع أن يباشر نيابة عن السفيه أعمال التصرف والإدارة وإلا كان العمل غير نافذ فى حقه[٣] . ولكن المحاكم أجازت للمساعد أن يأذن للسفيه بابرام التصرف القانونى إذا كانت شروط هذا التصرف محددة مقدماً . واعتبرت هذا الإذن مساوياً للمساعدة[٤] . إنما يشترط أن يكون الإذن خاصاً بتصرف معين . أما الإذن العام فى مباشرة التصرفات فيعتبر باطلا لأن معناه تنازل المساعد عن وظيفته التى منحه إياها القانون ، وهذا غير جائز . ولكن المحاكم لم تكتب بهذا الإذن فى رفع الدعاوى بل استلزمت تدخل المساعد شخصياً[٥] .

والظاهر أن القضاء الفرنسى لم يقتنع بهذه الوظيفة السلبية التى خولها القانون للمساعد . ذلك أن الأحكام القضائية تميل إلى تحريره من هذه الوظيفة

---

(١) حكم الدوائر المجتمعة ٢١ يونيو سنة ١٨٩٢ د. ١٠–٩٢–١–٣٦٩ . تقرير المستشار De lyones وتعليق الأستاذ la Rouverable .

(٢) نقض أول أغسطس ١٨٦٠ د. ١٨٦٠–١–٣١٦ .

(٣) باريس ٢٣ أغسطس ١٨٦٥ ، نقض د. ٦٧–١–٤٨١ .

(٤) بلانيول جـ١ نبذة ٢٣٥٩ ص٨١٧ . سيجون ٢٣ يوليو سنة ١٩٠٠ — د — ع — ٩١١ — ٢ — ١٦٥ .

(٥) بلانيول جـ ١ ص ٨١٨ نبذة ٢٤٨٤ . انظر نانسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٢ د. ٩٢–٢ — ٢٩٣ .

الاستشارية البحتة وسمحت له أن يلعب دوراً خاصاً يجعل له نشاطاً بجانب نشاط السفيه ومستقلا عنه . ولهذا النشاط مظاهر ثلاثة [(١)] :

١ — أجازت المحاكم للمساعد القضائى أن يطعن فى الأحكام الصادرة ضد السفيه بالمعارضة أو الاستئناف . كما أجازت له أن يتقدم للقضاء بمذكرات خاصة لإبداء أوجه الدفاع التى يراها مناسبة فى الدعوى المرفوعة على السفيه حتى ولو كان ذلك بدون علمه أو رغماً منه .

٢ — خولت المحاكم للمساعد أن يطعن وحده بالبطلان فى التصرفات التى أبرمها السفيه . لذلك حكم بأن تعيين المساعد القضائى يقصد به حماية السفيه من ضعفه والمحافظة على أمواله وذلك لن يتحقق إذا لم يخول للمساعد الطعن فى التصرفات الصادرة من السفيه إذا لم يقم هذا الأخير بذلك .

ولكن هذه الأحكام منتقدة لأن المساعد لا ينوب عن السفيه ولا يمثله ، ومن ثم فليس له صفة فى الطعن فى الأحكام الصادرة ضده . ولا سيما أنه لا يوجد نص خاص يخوله ذلك .

٣ — نص القانون على أن السفيه لا يستطيع أن يقبض أموالا إلا إذا كان المساعد بجانبه . ولكن المساعدين وسعوا من سلطتهم فخولوا لأنفسهم الحق فى اختيار وسيلة استثمار هذه الأموال ، وأقرتهم المحاكم على ذلك فحكمت ببطلان استخدام السفيه لأمواله ولو كان استخداماً معقولاً ومفيداً طالما أنه لم يحصل بمعاونة المساعد .

وهذه الأحكام منتقدة أيضاً إذ كيف يخول للمساعد استثمار أموال السفيه بينما لم ينظم القانون طريقاً لمحاسبته .

---

(١) كابيتان جـ ١ ص ٦١٠ .

بطلان التصرفات الصادرة من السفيه وحده

لم ينص القانون الفرنسى صراحة على الجزاء المترتب على قيام السفيه المحكوم بمساعدته بعمل من الأعمال التى تقررت فيها المساعدة بموجب القانون أو القضاء . ولقد جرى الفقه والقضاء على اعتبار هذا العمل باطلا بطلانا نسبيا تطبيقاً للقواعد العامة للقانون[١] . لذلك يجوز للمحكوم بمساعدته ، دون من تعامل معه ، أن يطالب بالبطلان ويجب على القاضى أن يحكم بالبطلان ، إذا طلب منه ذلك ، حتى ولو لم يلحق المحكوم بمساعدته غبن فى التصرف الذى أبرمه[٢] .

ولا يتقرر انعدام أهلية السفيه إلا من يوم صدور القرار بتعيين مساعد له . وتطبيقاً لذلك حكم بعدم جواز الطعن فى الأعمال السابقة على تقرير المساعدة حتى ولو كان السبب الذى أدى إلى هذه المساعدة شائعاً ومعروفاً للغير[٣] .

ولكن هذه الأحكام منتقدة لأن السفيه حينما يعلم برفع الدعوى عليه قد يسارع فى إبرام تصرفات تؤدى إلى خرابه ومن السهل عليه أن يجد له مجاملين يساعدونه على الاستفادة من الأيام الأخيرة لكمال أهليته[٤] .

لذلك استقرت الأحكام الحديثة على أن الأعمال التى يباشرها السفيه قبل تعيين المساعد تكون قابلة للابطال إذا كان من تعامل مع السفيه يعلم برفع الدعوى عليه أو أنه مزمع رفعها ، فيسارع إلى إبرام العقد قبل صدور الحكم[٥] .

---

(١) جوسران ، ج ١ ص ٣١٨ بند ٥٨٠ .
(2) Req, 4 Juin 1896, D. 97. 1. 404, S.97-1-113.
(3) Bordaux, 29 Décembre 1884, sous Cass : D-86-1-244
(٤) كابيتان ج ١ ص ٦١٥ .
(٥) نقض ١٥ يوليو سنة ١٩٠٣ داللوز الدورى ١٩٠٤ ـ ١ ـ ١٢٩ (تعليق كابيتان سيرى ١٩٠٤ ـ ١ ـ ٤٦٦) بوردو ٢٤ مايو سنة ١٨٩٦ نقض ١١ ديسمبر داللوز الدورى ١٩١٣ ـ ١ ـ ٤٣٠ .

٤ — فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى

عند أبي حنيفة : يرى أبو حنيفة أن السفيه أهل لمباشرة جميع التصرفات سواء كانت مالية أو غير مالية، وسواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر. ذلك أن السفه لا ينتقص العقل ولا يخل بقدرة البدن . والسفيه مخاطب بحقوق الله تعالى « و إذا بقى أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل ووجوب الحقوق بقى أهلا فى حقوق العباد وهى التصرفات بالطريق الأولى ، لأن حقوق الله أعظم فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال . ألا ترى أن الصبى العاقل أهل للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله عز وجل وتحمل أمانته ، فمن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات » .[١]

ولقد روى هذا الرأى أيضاً عن ابن سيرين والنخعى ومجاهد وعبد الله بن الحسن وجماعة من الصحابة ، وإليه ذهب الامام زفر تلميذ أبي حنيفة وداود الظاهرى وأتباعه .

عند الصاحبين : يرى الصاحبان أن السفيه يأخذ حكم الصبى المميز[٢] فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالبيع والشراء والاجارة والهبة . لذلك إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر فإنها تنعقد موقوفة على الاجازة ، إن رأى الحاكم فيها مصلحة أجازها و إلا ردها[٣]. و إذا كانت ضارة ضرراً محضاً فإنها تكون باطلة ، و إذا كانت نافعة نفعاً محضاً فإنها تنعقد صحيحة نافذة . أما التصرفات التى تحتمل الفسخ وتصح مع الهزل فهى دائماً صحيحة نافذة كالنكاح والطلاق والاعتاق . وسبب الحاق السفيه بالهازل هو أن كلا

---

(١) كشف الأسرار للامام البزدوى جـ٤ ص٣٦٩ . والملكية ونظرية العقد ص ٢٨٩ .

(٢) مع مراعاة أن هذا الحكم لا يتقرر ، وفقاً لرأى أبي يوسف ، إلا إذا كان السفيه محجوراً عليه بحكم القاضى .

(٣) البدائع جـ٧ ص ١٧١ . والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦١ .

منهما يخرج كلامه فى التصرفات على غير نهج كلام العقلاء مع بقاء العقل.

عند جمهور الأئمة : يلحق الجمهور السفيه المحجور عليه بالصبى المميز. لذلك يرى مالك وأحمد أن تصرفاته الضارة باطلة ، والنافعة صحيحة ، والدائرة بين النفع والضرر متوقفة على الإجازة عند الأول وعلى الإذن عند الثانى. أما الشافعية فيرون أن جميع تصرفات السفيه باطلة – شأنه فى ذلك شأن الصبى المميز عندهم – ولم يجيزوا له إلا الطلاق والوصية فى أحد الأقوال.

تقسيم تصرفات السفيه إلى مالية وغير مالية

(أولا) التصرفات غير المالية

السائد فى الشريعة الإسلامية ، كما هو الحال فى معظم التشريعات ، هو أن للسفيه أهلية مباشرة التصرفات ذات الصبغة الشخصية البحتة حتى ولو ترتبت عليها آثار مالية كالزواج والطلاق والاقرار بالنسب ، ذلك أن الحجر على السفيه عند جمهور الفقهاء لم يشرع إلا بقصد حماية أمواله ، وما دامت هذه التصرفات بطبيعتها غير مالية فإنها تخرج عن دائرة الحجر. وإليك التفصيل :—

أولا — الزواج : يرى أبو حنيفة أن زواج السفيه صحيح لأن عبارته صالحة لإنشاء أى عقد من العقود ويدخل فى ذلك الزواج. ويقول الصاحبان أيضاً بصحة زواجه على أساس أن عبارته كعبارة الهازل ، والزواج لا يبطله الهزل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والاعتاق ». ولكنهما قيدا زواجه بمهر المثل ، فلكونه هازلا تفسد التسمية وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل. وإن طلق قبل الدخول وجب نصف المسمى لأن التسمية صحيحة فى مقدار مهر المثل[1].

(١) شرح العناية على الهداية بهامش تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣٢٣.

ويرى الشافعى أن الحجر على السفيه كالحجر على الرقيق لا ينفذ منه أى تصرف إلا الطلاق ،فلا يجوز له أن يتزوج بنفسه بل يقوم وليه بتزويجه .أما إذا طلب السفيه الزواج وامتنع وليه فتزوج بنفسه ففى ذلك وجهان : أحدهما أن الزواج باطل لأنه زواج بغير إذن الولى والزواج بغير إذن الولى باطل . وثانيهما أن الزواج صحيح ، إذ ما دام السفيه محتاجاً إليه فإنه يصبح حقاً واجباً له . فإذا امتنع وليه عن تزويجه جاز له أن يستوفيه بنفسه[١] .

وقال بعض الشافعية أن للولى أن يأذن للسفيه بالزواج . وإذا أذن له يجب أن يعين له من يتزوجها لئلا يتزوج بشريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك[٢] .

وفرق الحنابلة بين ما إذا كان السفيه محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج إليه : فإن احتاج إليه صح زواجه بدون إذن وليه ، لأنه ذو مصلحة محضة فى النكاح سواء احتاجه لمتعة أو لخدمة ولكنه يتقيد بمهر المثل . وإن لم يكن بحاجة له لم يجز تزوجه إذ يلزمه بالنكاح حقوق مالية من مهر ونفقة .

وأجاز بعض الحنابلة لولى السفيه أن يزوجه بغير إذنه بحجة أن النكاح عقد معاوضة فيملك الولى مباشرته فى حق المولى عليه كما فى البيع والاجارة .

ولكن هذا القول مردود لأن إجبار السفيه على النكاح يلحق به ضرراً شديدا إذ يستطيع أن يطلق إثر تزوجه ما دام كارهاً للزواج ، فيلزمه المهر والنفقة ، ولا يجوز القياس على حالة الصغير لأن الأخير محروم من الطلاق[٣] .

وفى مذهب مالك قولان — فيرى ابن الماجشون أنه لا يجوز للولى إجبار

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٤٢

(٢) يرى ابن قدامة أنه يجوز الاذن بغير تعيين ولكن يتقيد بمهر المثل : الشرح الكبير جـ ٧ ص ٣٦٩ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٣٩٧ .

السفيه على النكاح بغير إذنه بينما يرى ابن القاسم أن ذلك جائز عليه ولو بغير إذن [١] .

ثانيا — الطلاق : اتفق جميع أئمة المسلمين على أن للسفيه وحده حق إيقاع الطلاق ولا يستطيع أن يباشره عنه وليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الطلاق لمن بيده الساق » [٢] .

ولقد انتقد البعض تخويل السفيه حق الطلاق بحجة أنه ليس بأهل فى قليل من المال أو كثيره ، فكيف يكون أهلا للتصرف فى عصمة زوجته وبحجة أن الطلاق يترتب عليه أعباء مالية ليس السفيه أهلا لتحملها [٣] . ولكننا نرى أن هذا النقد مردود ، إذ ما دام السفيه يملك الزواج فهو يملك الطلاق ، والقول بغير ذلك يعتبر مخالفة صريحة للحديث القائل بأن الطلاق لمن بيده الساق . وما الذى يمنع من أن يتصرف السفيه فى عصمة زوجته ما دام كل من الفاسق والهازل والسكران يستطيع ذلك ؟ .

خلع السفيه والسفيهة : إذا كانت الزوجة سفيهة واختلعت من زوجها وقع الطلاق ولم يجب المال لأن بدل الخلع تبرع والسفيهة ليست من أهل التبرع . أما وقوع الطلاق فيرجع إلى أن الخلع يتم بتلاقى القبول بالإيجاب ولا يتوقف على وجوب البدل . وهناك رواية ضعيفة تقضى بأن الطلاق لا يقع لأنه معلق على البدل لا على القبول [٤] .

أما إذا كان الزوج هو السفيه وقبض عوض الخلع لم يصح قبضه لأنه تصرف فى مال ، فلو أتلفه أو تلف فى يده لم يضمن ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه [٥] .

---

(١) العقد المنظم للأحكام ص ٦١ بهامش تبصرة الحكام .

(٢) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٣ .

(٣) هاشم مهنا ، الموسوعة الحسبية ص٦ - ٥ .

(٤) راجع أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص ٣٣٣ .

(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٧ .

ثالثاً — الاقرار بالنسب : السفيه كالبالغ يؤخذ بإقراره بالنسب إذا لم يكن في إقراره تحميل النسب على الغير . وإذا ثبت عسر من أقر لهم بالنسب وجبت عليه النفقة فى ماله . أما إذا أقر بعسرهم فلا تجب عليه النفقة إلا إذا قامت بينة على ذلك ، لأن الاقرار باعسارهم إقرار بوجوب المال عليه فلا يؤخذ به .[1]

وفى القانون المصرى تعتبر تصرفات السفيه غير المالية صحيحة ، أخذاً بالسائد فى الشريعة الإسلامية ، محجوراً عليه أو غير محجوراً عليه .

وتطبيقاً لذلك حكم بأن الرأى الذى يطابق نظام الحجر فى ذاته والغرض منه والذى يتفق مع الشريعة الإسلامية يقضى بالتفرقة بين ما يعتبر من الحقوق الشخصية المحضة والتى لا تجرد الشخص من أمواله كالزواج والطلاق والتبنى ، و بين التصرفات التى تجرده من أمواله ، فالتصرفات الأولى يجوز للسفيه مباشرتها ولو بعد الحجر ، أما التصرفات الثانية فلا يستطيع مباشرتها بعد الحجر[2].

(ثانياً) التصرفات المالية

الراجح فى المذهب الحنفى هو إلحاق السفيه المحجور عليه فى تصرفاته المالية بالصبى المميز . فالتصرفات الضارة باطلة والدائرة بين النفع والضرر موقوفة على الإجازة، إن وجد فيها الحاكم مصلحة أجازها وإن لم يجد أبطلها . ولقد أقرت هذا الحكم المادة ٩٩٠ من المجلة فقالت « السفيه المحجور هو فى المعاملات كالصغير المميز ولكن ولى السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية » ونصت المادة ١١٥ مدنى مصرى على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة

---

(١) حاشية شهاب الدين الشلبي بهامش التبيين جـ ٥ ص ١٩٧ والمبسوط جـ ٢٤ ص ١٧١.

(٢) محكمة استئناف مصر — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ — رقم ٣٤ — ص ٥٠ السنة الثانية عشرة .

أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هـذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

(ا) تصرفات السفيه بعد الحجر عليه

الحق المشرع المصرى ، بصفة عامة ، السفيه المحجور عليه بالصبي المميز أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية . واتبع التقسيم الذى توخته الشريعة فيما يتعلق بأهلية الصبي المميز ؛ فقسم تصرفاته ثلاثة أقسام : الأولى تصرفات نافعـة نفعاً محضاً ، والثانية تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، والثالثة تصرفات دائرة بين النفع والضرر[١] .

أولا — التصرفات النافعة نفعاً محضاً : هى التصرفات التى يترتب عليها اغتناء من يباشرها دون أن تفتقر من ذمته المالية كقبول الهبة والصدقة وقبول الـكفالة ويجوز للسفيه مباشرة هذه التصرفات وتنفذ دون حاجة إلى إجازة وليه ، ذلك أن التصرف محقق النفع ، فلا يجوز للولى رفضه ، لأن الرفض فيه إضرار بالمحجور عليه ، لذلك لا يملكه الولى . وما دام الولى لا يستطيع رفض هذه التصرفات ، فلا حاجة لاجازته .

و يصلح السفيه أن يكون وكيلا عن غيره فى جميع عقوده وتصرفاته لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود والتصرفات ولن يلتزم بآثار العقد لأن هذه الآثار تنصرف إلى الموكل دون الوكيل[٢] .

---

(١) يلاحظ أن العبرة دائماً بأصل التصرف ، لا بما يتمحض عنه من نفع أو ضرر . لذلك يعتبر البيع دائماً عقداً دائراً بين النفع والضرر ولو اتفق أن تمحض عنه نفع .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٨٠ . الخفيف ، المعاملات الشرعية ص ١٠٦ . وأبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٠ .

ثانياً — التصرفات الضارة ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى يترتب عليها افقار ذمة الشخص المالية بلا مقابل كالهبة والوقف والوصية والابراء من الدين . والقاعدة هى أن السفيه لا يستطيع مباشرة هـذه التصرفات لأن وليه لا يستطيع مباشرتها ؛ لما فيها من ضرر محقق من غير احتمال نفع ، ومن ثم لا يستطيع اجازتها انتهاء ، لذلك لا تصلح عبارة السفيه لإنشاء هذه التصرفات .

واستثنى الفقهاء الشرعيون والقانون المصرى من القاعدة السابقة الوصية والوقف .

١ — الوصية : الرأى الغالب فى الشريعة الإسلامية يقضى بصحة وصية السفيه فهى جائزة فى مذهب مالك[١] . وفى مذهب الشافعى قولان[٢] . وفى مذهب أحمد تصح وصية السفيه فى أصح الوجهين . فقد جاء فى الشرح الكبير[٣] « المحجور عليه للسفه تصح وصيته فى قياس قول أحمد . وهو قول الأكثرين ، لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصلحة من غير ضرر ، لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شىء ، وإن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت وصيته كعبادته . وفيه وجه آخر أنها لا تصح ، حكاه أبو الخطاب لأنه محجور عليه فى تصرفاته ، فلم تصح منه كالهبة » .

ويرى الصاحبان أن وصية السفيه باطلة قياساً على سائر تبرعاته ، إلا أنها جائزة استحساناً إذا كانت فى القرب وأبواب الخير . وليس فى الوصية إضرار به لأنه ان عاش فالمال على ملكه وإن مات نال الثواب والذكر الحسن ، كما أنها لا تلحق ضرراً بالورثة ذلك أن حقهم محفوظ فى ثلثى التركة . أما إذا كانت الوصية فى غير سبيل الخير فلا تنفذ[٤] .

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ .
(٢) المهذب ج ١ ص ٤٥٦ .
(٣) الشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٦ .
(٤) البزدوى ج ٤ ص ٣٩٥ .

ولقد أجاز القانون المصرى وصية السفيه والصبى المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . إنما اشترط لذلك اذن المحكمة .

ولقد انتقد الأستاذ أبو زهرة [١] هذا التقييد « إذ قد تكون الوصية فى وقت لا مجال فيه للاستئذان والإذن كأن يكون السفيه مشرفا على الموت ويريد الإبقاء ببعض أمواله فى أعمال العسر فيفوته ذلك الخير الذى يبتغيه والذى يصيب الفقراء أو المحتاجين . ولا نجد مبررا لهذا التقييد الذى اشتمل عليه القانون ونحن نميل إلى آراء الفقهاء (التى تقرر صحة وصية السفيه) . ولو أننا أردنا طريقاً وسطاً بين القانون والفقهاء لقلنا أن تصرفاته تنشأ بمحض إرادته . ولكن للمحكمة الحسبية إبطالها إذا كانت فى غير سبيل الحق أو الخير .

٢ — الوقف : الوقف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً لأن فيه إخراج المال من ملك الواقف ، لا إلى ملك أحد ، فهو تصرف تبرعى محض ؛ لذلك لا يجوز أصلا إلا من كامل الأهلية . ولكن الفقهاء استحسنوا وقف السفيه على نفسه ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر . وكان مقتضى القياس اعتبار وقفه باطلا كما هو الحال بالنسبة لسائر تبرعاته . ومقتضى الاستحسان اعتبار وقفه باطلا ؛ كما هو الحال بالنسبة لسائر تبرعاته . ومقتضى الاستحسان اعتبار وقفه صحيحاً لأن وقف السفيه على نفسه ومن بعده على ذريته يتلاءم مع طبيعة الحجر عليه ، إذ فيه حفظ لماله من الضياع ومنع له من الإسراف والتبذير فيه ، وليس فيه إضرار بورثته [٢] .

ولقد أقر القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية الملغى صحة وقف السفيه المحجور عليه متى أذنته المحكمة . ولم يرد فى قانون الولاية على المال نص يخول للسفيه هذا الحق . وذلك راجع إلى أن الوقف الأهلى أصبح الآن غير جائز ،

---

(١) شرح قانون الوصية ص ٥٦ .

(٢) الخفيف ، المعاملات الشرعية ص ١٠٩ ، أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٢ .

وبذلك تكون قد انتفت الحكمة التى من أجلها أجيز للسفيه المحجور عليه وقف أمواله .

ثالثا — التصرفات الدائرة بين النفع والضرر : هذه التصرفات تتراوح بين النفع والضرر ، فيها إنماء للذمة المالية من ناحية وإفقار لها من ناحية أخرى ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح والتأجير والاستئجار . وهى تنشأ بعبارة السفيه ولكنها تكون موقوفة على الإجازة . (قابلة للأبطال فى القانون المصرى) أما أنها تنشأ بعبارة السفيه ، فذلك لأن عبارته صالحة لإنشاء هذه التصرفات لما فيها من توفر القصد إلى معانيها . ولقد اعتبرت عبارته فى هذه التصرفات لما قد يترتب عليه من نفع فى بعض الأحوال . أما أنها موقوفة على الإجازة فذلك لأنه قد يترتب عليها ضرر فى أحوال أخرى ، والسفيه ذو تدبير فاسد وإرادة ضعيفة لا تقدر عواقب الأمور ، فيخشى عليه من مغبة هذه التصرفات ، ولهذا كان لا بد أن ينضم إليه وليه ، إن رأى فى التصرف خيرا أجازه فينفذ وإلا رفضه فيبطل . ويشترط لصحة الإجازة أن يكون الولى ممن يملك انشاء التصرف ونفاذه فى حق المولى عليه . لذلك لا يستطيع القيم فى القانون المصرى أن يجيز عقد بيع أبرمه السفيه لأنه لا يستطيع مباشرة هذا التصرف بنفسه ، إنما تكون الإجازة من المحكمة .

الفروق بين السفيه المحجور عليه والصبى المميز

تتلخص الفروق بين السفيه والصبى المميز فى المذهب الحنفى والقانون المصرى فيما يلى :—

١ — يجوز للسفيه ، دون الصبى المميز ، أن يباشر التصرفات الشخصية المحضة كالزواج والطلاق والاقرار بالنسب .

٢ — وصية الصبى المميز باطلة فى المذهب الحنفى ، أما وصية السفيه فصحيحة . ولقد أجاز القانون المصرى وصية الصبى المميز البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة ووصية السفيه ، إنما اشترط إذن المحكمة بذلك .

٣ — الوقف غير جائز من الصبي المميز ، وصحيح من السفيه إذا كان على نفسه ثم على ذريته .

٤ — فى الإذن بالاتجار : يجوز للوصى أن يتصرف فى مال الصبى ، ومن ثم يجوز أن يأذن له بالتجارة فيعطيه بعض ماله ليبيع أو يشترى . فإذا أتلف المال فإن الوصى لا يسأل .

أما تصرف الوصى فى مال المحجور عليه فيعتبر باطلا ، لذلك لا يجوز أن يأذن له بالتجارة ، فإذا أعطاه بعض ماله وهو عالم أنه مفسد فإن الوصى يضمن ما يتلفه السفيه[1] . وإنما يجوز للقاضى أن يأذن للسفيه بالاتجار ويكون ذلك اخراجاً له من الحجر فى التجارة خاصة ويبقى على الحجر فيما عدا ذلك . لذلك تبطل تبرعاته ولا يجوز شراؤه بما لا يتغابن الناس فيه .

وللقاضى تقييد الإذن الصادر منه للسفيه بالاتجار . ولكن ليس للوصى تقييد الإذن الصادر للصبي . ولقد ورد هذا المعنى فى المبسوط[2] إذ جاء فيه « لو قال القاضى فى السوق بمحضر أهلها أو بمحضر من جماعة منهم قد أذنت لهذا فى التجارة ولا أجيز له منها إلا ما أعلم أنه اشترى أو باع ببينة . فأما ما لا يعلم إلا بإقراره فانى لا أجيزه عليه ،فالأمر على ما قال القاضى من ذلك لأن تقييده فك الحجر عنه بما يقيده به ويرجع إلى النظر له ،والقاضى مأمور فى حق السفيه بما يكون فيه توفير النظر له،واندفع الضرر عن الناس من هذا القيد بإشهاره كما أشهر الإذن . وهذا بخلاف الغلام المصالح الذى لم يبلغ يأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة على هذا الوجه أو العبد يأذن له مولاه على هذا الوجه حيث لا يلزمهم ، وما أقروا به مثل ما يلزمهم بالبينة لأنه ليس للولى ولاية تقييد الاذن بما قيده مع بقاء أصل الإذن ،فيلغوا بقيده .والسبب فى ذلك أن الإذن للمحجور عليه على وجه

---

(١) أبو زهرة شرح قانون الوصية ص ٥٦ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٨٢ .

النظر وفى التقييد توفير النظر فيستقيم من القاضى . وفى حق من كان مأموناً على ماله أو فى حق العبد ليس فى هذا التقييد معنى ، بل هو تقييد غير مفيد »

ولم ينص القانون المصرى على جواز الإذن للمحجور عليه بالاتجار . والرأى الراجح عدم جواز ذلك لأن التجارة تتضمن مخاطر كبيرة يجب أن يبتعد عنها المحجور عليه . وليس له أن يباشر أى عمل تجارى وإلا كان العمل باطلا بطلاناً مطلقاً . لذلك يعتبر توقيعه على الكمبيالة عملا مدنياً ويجوز له أن يحتج بنقصان أهليته على الحامل حتى ولو كان حسن النية[1] .

ويجوز للمحكمة أن تأذن للقيم بالتجارة فيعتبر المحجور عليه تاجراً وبذلك يمكن إشهار إفلاسه إذا توقف عن الدفع وتسرى عليه قواعد الإفلاس ، ولكن لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات الخاصة بجرائم الإفلاس لعدم مباشرته التجارة بنفسه[2] .

الإذن للسفيه بالإدارة

نصت المادة ٤٣ من الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الملغى على أنه يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها إذا أذنته المحكمة بذلك . ولقد جاءت المادة ٢/١١٦ مدنى فى هذا الصدد قاصرة فقط على المحجور عليه للسفه ، فنصت على أن تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحكوم عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون . ومع كل فمن المتفق عليه

---

(١) راجع أمين بدر ، الأوراق التجارية ص ٥٢ . ويلاحظ أن البطلان قاصر على الالتزام الصرفى دون الالتزام الأصلى الذى أدى إلى التوقيع على الكمبيالة ، إذ يبقى الالتزام الأخير خاضعاً لحكم القواعد العامة من حيث الصحة والبطلان .

(٢) راجع العريف ، شرح القانون التجارى ، ج ١ ص ٦٧ .

أنه يجوز الإذن لذى الغفلة بإدارة أمواله . ذلك أن مشروع القانون المدني سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ فلم يتمكن من التنسيق بين هذين القانونين فى هذه المسألة فوجب اعمال نصوص كل منهما. ولقد أكد قانون الولاية عل المال المساواة بين السفيه وذى الغفلة المحجور عليهما فنصت المادة ٦٧ منه صراحة على جواز إذن المحكمة لهما بتسلم أموالهما كلها أو بعضها لإدارتها .

وللمأذون له بالإدارة أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ،ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للمأذون له أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (مادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) .

ولا يجوز طلب الإذن بالإدارة إلا بعد فترة من تاريخ قرار الحجر حتى يتعرف على أحوال المحجور عليه . لذلك حكم بأنه « إذا طلب المحجور عليه الإذن له بإدارة أمواله كلها أو بعضها بمجرد توقيع الحجر عليه فلا يجوز للمحكمة إجابته إلى طلبه . ذلك لأنه يجب أن يدير القيم تلك الأموال مدة كافية يتعرف بأحوال المحجور عليه حتى إذا ما أحس أن المحجور عليه غير ما فى نفسه وأنه يتجه نحو كمال أهليته فإن المحكمة فى سبيل بحث طلبه تستنير بالقيم ومعلوماته التى تلقى الضوء على الطلب تمهيداً للفصل فيه »[1] . وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض (مادة ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

---

(١) محكمة قنا الاستئنافية الحسبية فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة العدد الخامس السنة الحادية والثلاثون .

(ب) تصرفات السفيه بعد الحجر

اضطربت الأحكام عندنا . فبعض المحاكم أخذت برأى محمد القائل بأن الحجر للسفه كالحجر للعته يثبت بقيام السبب نفسه ، لا بحكم القاضى ، ويرجع إذن للتصرفات التى أدت إلى الحجر . فاذا اقترض شخص مبالغ طائلة ثم باع أطيانه على حالة مروعة من الخسارة فهو سفيه حكما وقرار الحجر جعله سفيها شرعا وعلى ذلك يجب أن يرجع أثره للتصرفات التى أدت إلى الحجر ما دام الشرع يشمل هذا الرأى فى السفه (أى الإمام محمد[١]) .

وحكمت محكمة استئناف مصر بأن الحجر لسفه لا ينتج عادة إلا من تاريخ الحكم ولو أن هناك حالات يصح فيها رجوع أثره إلى الماضى[٢] . كما حكمت أيضا بأنه من المبادىء المقررة أن البيع الصادر من قاصر يكون ملغى حتما ويكون باطلا أيضا إذا صدر من البائع السفيه . وأن الحكم بالحجر على من بلغ سفيها لا يعد حجرا جديدا بل هو استمرار للحجر فلا تصح بناء عليه جميع التصرفات السابقة واللاحقة لهذا الحكم .

ومعظم المحاكم عندنا أخذت برأى أبى يوسف القائل بأن الحجر للسفيه لا يثبت إلا بحكم القاضى . وقد أصدرت محكمة النقض حكما حديثا قررت فيه هذا النظر فقالت « إن قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ . وليس بصحيح ما ينتهى إليه الحكم المطعون فيه من أن لقرار الحجر أثرا رجعيا أخذاً برأى الإمام محمد على اعتبار أنه أرجح الآراء فى مذهب

---

(١) استئناف ٣٠ — ٥ — ١٩٠٥ استقلال ١ ص ٤٥٩ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٥٥ .

(٢) استئناف مصر ١١ يونيو سنة ١٩١٨ مجموعة رسمية س ٢٠ عدد ٦ .

أبى حنيفة . فإن الفتوى على مذهب الإمام أبى سيف[1] .

والظاهر أن المحاكم كانت تأخذ بهذا الرأى أو ذاك تبعا لما تراه محققا للعدالة فى القضية المطروحة أمامها بحسب ظروفها وملابساتها . ويبين ذلك مما قررته محكمة استئناف مصر فى حكم لها فى ٣ ديسمبر سنة سنة ١٩٣٥ فقالت : « إذا كان معظم الفقهاء يرجحون رأى أبى سيف وأن عليه الفتوى وأغلب أحكام المحاكم ، إلا أن الحكمة التى قصدها هؤلاء جميعا وهى إقرار المعاملات والنظر لصالح المتعاملين مع المحجور عليه المفروض فيهم حسن النية لعدم وجود مظاهر تدل على الغفلة أو السفه ، هذه الحكمة إذا تحققت فى العقود العوضية فإنها معدومة فى التبرعات المحضة . ولذا يجب استعراض ظروف كل قضية والأخذ بالرأى الذى يتعين أنه أقرب إلى تحقيق العدالة وأحفظ لمصلحة المحجور عليه[2] .

ولقد قنن القانون المدنى الجديد ما استقرت عليه أحكام المحاكم فنص فى المادة ١١٥ / ٢ على أن « التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يكون باطلا أو قابلا للابطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

١ — الاستغلال : قد ينتهز شخص فرصة تبذير آخر فيحمله على إبرام تصرف ما للحصول على مزايا خاصة . فيجب لإبطال هذا التصرف إقامة الدليل على علم من تعاقد مع السفيه بحالة السفه . كما يجب أيضا إقامة الدليل على أنه انتهز هذه الحالة للحصول على مزايا خاصة .

٢ — التواطؤ : قد يشعر السفيه بأن هناك طلبا مزمعا تقديمه للحجر عليه . فيتفق مع آخر على إبرام تصرف ما بقصد الإفلات من أثر الحجر . فرد عليه المشرع قصده ونص على أن هذا التصرف يعتبر باطلا أو قابلا للابطال .

---

(١) نقض ١١ مايو سنة ١٩٥٠ .

(٢) المحاماة رقم ٢١٨ ص ٥٠٠ — السنة السادسة عشرة .

ويجب على المحكمة أن تبين فى أسباب حكمها أن من تعامل مع السفيه كان عالما بسفهه وأنه كان متواطئا فى تعامله معه لتفويت آثار حجر كان متوقعا[١] . واستخلاص الأسباب التى تدل على التواطؤ مسألة موضوعية خارجة عن رقابة محكمة النقض . وتطبيقاً لذلك حكم بأنه « إذا كان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه لصدوره قبل تقديم طلب الحجر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته مما اضطره للتصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ، فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن . ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ ، كان هذا منها استخلاصا موضوعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور[٢] » .

وقضت محكمة النقض أيضا[٣] بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر ، واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيدا عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر فانقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتجه وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم

---

(١) محكمة النقض ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية السنة الأولى ص ٤٩١ .

(٢) محكمة النقض المدنية فى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ فى القضية رقم ٢٠٦ لسنة ١٨ مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية ص ٥٤٦ السنة الأولى .

(٣) محكمة النقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣ .

والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للاثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته ، ومتى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشترى بحالة سفه البائع مؤدية عقلا إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها » .

وقضت محكمة النقض أيضا[1] « بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت من المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشترى إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع فلم يعبأ ونفذ الشراء بالعقد العرفى عن طريق عقد رسمى ، وقرر المجلس الحسبى بعد ذلك توقيع الحجر ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصا سليما ان العقد لم يتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع قد انعقد قبل الحجر بالعقد العرفى وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشىء البيع بل كان تنفيذا للعقد العرفى فإن هذا الحكم يكون سليما من الناحية القانونية » .

أثر قرار الحجر على أهلية السفيه

نرى أن السفه وحده لا تأثير له على أهلية الشخص . ويتضح ذلك من الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، إذ أشارت إلى أن السفيه لا يتقرر نقص أهليته إلا بالحجر[2] . فقرار الحجر وبعبارة أدق تسجيله هو الذى ينتقص من هذه الأهليه . والدليل على ذلك أن المشرع لم يلحق تصرفات السفيه بتصرفات الصبي المميز إلا إذا كانت صادرة بعد تسجيل قرار الحجر . ويتبين ذلك من نص المادة ١١٥/١ مدنى حيث قررت أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه

(١) نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ١ ص ٣٦٠ .

بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام ». وعلى ذلك تكون تصرفات السفيه المحجور عليه باطلة إذا كانت من التصرفات التى لا يجوز له مباشرتها أصلا (الضارة ضرراً محضاً) وتكون قابلة للابطال إذا كانت من التصرفات التى تلحقها الإجازة (الدائرة بين النفع والضرر).

حقاً إن الفقرة الثانية من المادة السابقة أبطلت وأجازت إبطال التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فى حالتى التواطؤ والاستغلال . ولكن البطلان هنا تطبيق لفكرة محاربة التحايل على القانون أو الغش ، فالحق المشرع هذه التصرفات بالتصرفات الصادرة بعد تسجيل قرار الحجر ، ورد بذلك على من تعامل مع السفيه سوء قصده . ولو كان السفيه معتبراً ناقص الأهلية قبل تسجيل قرار الحجر لاكتفى المشرع لإبطال تصرفاته بإقامة الدليل على توفر السفه وقت إبرام التصرف ، ولما استلزم ضرورة إقامة الدليل على توفر الاستغلال أو التواطؤ .

وأكدت محكمة النقض المدنية فى حكم حديث لها هذه الأحكام السابقة فقررت أن قرار الحجر ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ ، والفتوى فى هذا الخصوص على رأى أبى يوسف وحاصله أن تصرفات السفيه قبل الحجر نافذة (نقض ١١ مايو سنة ١٩٥٠) .

ولقد رتب المشرع على تسجيل طلب الحجر نفس الآثار المترتبة على تسجيل قرار الحجر إذا لم يكن الطلب قد سجل . ونصت على هذا الحكم المادة ١٠٨ من قانون المحاكم الحسبية . ونصت عليه أيضاً المادة ١١٩ من مشروع القانون المدنى الجديد ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفتها — لا لعدم موافقتها على ما جاء بها — بل لأنها حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية .[1]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٢٦ — ١٢٧ .

الفصل الثانى

الغفلة

الغفلة والذكاء

الغفلة ضد الذكاء . والذكاء فى اللغة هو التمام . فالذكاء فى السن هو تمام السن . وذكيت النار إذا أتممت إشعالها . والذكاء فى الفهم سرعته وتمامه[1] .

ولقد عرف علماء النفس الذكاء تعريفات متعددة لا تختلف فى جملتها عن معناه اللغوى . فقيل إنه القدرة على القيام بعمليات التفكير العليا وخاصة التفكير المجرد أى التفكير فى العلاقات البشرية كالمروءة والشهامة والرذيلة . وقيل إنه القدرة على تحقيق التكيف بين الشخص و بين المواقف الجديدة ، أى قدرته على معالجة الحالات التى لم يتعودها[2] .

من هذه التعريفات يتضح لنا أنه يلزم لوصف الشخص بالذكاء أن يكون سريع الفهم لمعانى الكلام بحيث يستطيع أن يكسب أكبر قدر من المعارف فى أقصر وقت فيمكنه الانتفاع بها لحل المشاكل التى تعرض له .

ولتفصيل ذلك نقول : إن للفهم بداية وتماما . بدايته الفطنة أى ابتداء القدرة للتنبه على المعنى ، ونهايته الذكاء . فإذا وصل إلى أقصى سرعة ممكنة وصف الشخص بأنه ألمعى ، فإذا أضيف إلى الذكاء شىء من الإلهام وصف بأنه عبقرى . ويقابل المراتب السابقة فى الفطنة والفهم والذكاء والألمعية والعبقرية مراتب الغفلة والغباوة والبلادة والبله والعته .

والذكاء صفة نسبية تختلف باختلاف الأشخاص . ومعيار الحكم على وجود

---

(١) ابن الجوزى ، كتاب الأذكياء ص ٦ .

(٢) أبوغره ، مقال فى مجلة علم النفس ، عدد فبراير سنة ١٩٤٦ ص ٣٥٠ — ٣٦٢ .

هذه الصفة وعدمها هو معيار مادى . فالذكى هو الذى يقوم بعمل يكون دون متناول الشخص العادى .

ولقد وضع علماء النفس مقاييس معينة لاختبار نسبة الذكاء فى الشخص ، فحددوه بنسبة المستوى العقلى إلى العمر الزمنى . وحددوا المستوى العقلى عن طريق اختبارات معينة . فالأسئلة التى يجيب عليها ٧٠ ٪ من الأطفال عمرهم الثامنة تعتبر المستوى العقلى لهذه السن. فالطفل الذى فى سن الثامنة إذا حل هذه الأسئلة يعتبر متوسط الذكاء بالنسبة لقرنائه . وإذا حل الأسئلة التى وضعت لمن يكبره سناً يعتبر فذاً أو عبقرياً . وإذا عجز عن حل الأسئلة التى وضعت لمن فى سنه أو لمن دونه يدخل فى فئة الأغبياء أو البلهاء [١].

تعريف الغفلة فى اصطلاح الأصوليين

يعرف الفقهاء الغفلة بأنها عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب ، الأمر الذى يؤدى إلى الغبن فى المعاملات المالية [٢] .

ويتفق كل من السفيه وذى الغفلة فى أن كلا منهما فاسد التدبير سيء التصرف ، ولكنهما يختلفان فى أن الأول متلف بينما الثانى ليس بقاصد للاتلاف ، إنما يغبن فى معاملاته لضعفه وقلة خبرته .

اختلاف الفقهاء فى الحجر على ذى الغفلة

اختلف أئمة المسلمين فى الحجر على ذى الغفلة . واحتج مثبتو الحجر بقوله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا » وقالوا إن المقصود بالضعيف فى الآية ذو الغفلة . كما احتجوا أيضا بحديث آنس ، إذ روى عنه أن رجلا كان فى عقدته ضعف وأن أهله أتوا النبى صلى الله عليه وسلم فنهاه ، فقال

---

(١) يوسف مراد ، مبادىء علم النفس ، ص ٢٩٢ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٤١ والتبيين ج ٥ ص ١٩١ .

الرجل : يا نبى الله إنى لا أصبر عن البيع ، فقال عليه السلام : إذا بعت فقل لاخلابة[١] . كما روى عن ابن عمر أن منقذا سفع فى رأسه[٢] مأمومة فى الجاهلية فخبلت لسانه فكان يخدع فى البيع فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : بع وقل لاخلابة ، ثم أنت بالخيار ثلاثا من بيعك . قال ابن عمر فسمعته يقول إذا بايع لاخذابة لاخذابة . قال مثبتو الحجر إن هذين الحديثين يدلان على وجوب الحجر على من يخدع فى التصرفات المالية .

ولكن هذا الاستدلال ضعيف ، ذلك أن الرسول لم يحجر على من يخدع فى التصرفات المالية .

ولقد استدل نفاة الحجر بالأثرين السابقين وقالوا إنه لا دليل فيهما على الحجر ، بل بالعكس إنهما يدلان على امتناعه ، إذ لو كان الحجر واجبا لما كان قول الرجل لا أصبر عن البيع مانعا من الحجر . هل لو قال المجنون لا أصبر عن البيع لا يحجر عليه ؟.

تحديد الغفلة فى القضاء المصرى

باستقراء أحكام القضاء المصرى يتبين لنا أن الغفلة ضعف فى الإدراك يجعل الشخص سهل الانخداع ولا يهتدى إلى التمييز الكافى بين النافع والضار فى تصرفاته المالية ، وإليك بعض هذه الأحكام :

حكم بأنه « إذا كان الشخص سهل التأثير عليه وليس عنده من قوة الإدراك والتبصر ما يمكن معه المحافظة على أمواله ، وكان فى درجة من الغفلة لا يؤمن معها توقع الضرر بمصلحته وجب الحجر عليه[٣] » .

« المغفل هو سيئ التصرف والتدبير سهل الانخداع لا يميز التمييز الكافى بين

---

(١) شرح العينى على البخارى ج ٢١ ص ٢٩٤ . والجامع الصغير للسيوطى ج٢ رقم ٦٤٠٢

(٢) أى ضرب فى رأسه فشج حتى بلغت المأمومة ، وهى أم الدفاع . المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) حسبى عال ٢٩ أكتوبر ١٩٢٢ محاماة س ٣ ص ٣٤٢ ، رقم ٢٦٢ .

النافع والضار ولو أنه غير معتوه ويتخيل تخيلات كاذبة ولا يمكنه إدارة أملاكه بنفسه ولا يعلم ممتلكاته وإيراده[١] » .

« إذا ثبت من تقرير الطبيب الشرعى أن المطلوب الحجر عليها تناهز الثمانين من العمر وعندها مرض الجويتر وبها ضعف شيخوخى أثر فى قواها تأثيراً جعلها لا تدرك إدراكا حسناً لما يحيط بها فهى لا تعرف أزواج بناتها كما أنها لا تعرف ما صدر منها من تصرفات ولا إلى من تصرفت . فبينما تنكر حيناً العقود الصادرة منها تعترف ببعضها على غير حقيقة مما يدل على ضعف قواها العقلية وحالتها على هذه الصورة مما ينطوى عليه معنى الغفلة الموجبة للحجر عليها إذ مثلها مما يسهل التأثير عليه[٢] » .

« يعتبر من أسباب الحجر للغفلة شراء الشخص لأطيان مرهونة وسداده كل ثمنها مع علمه أنها مرهونة دون أن يحجز قيمة الرهن[٣] » .

« ليس من الضرورى أن يكون عند ذى الغفلة ضعف فى قواه العقليه يظهر للطبيب كحالة المعتوه »[٤] .

لا يشترط توفر ركن العادة فى تصرف ذى الغفلة ليصح توقيع الحجر عليه لأنه قد يتصرف تصرفاً واحداً يؤدى بثروته أو بجزء عظيم منها ، والعبرة بثبوت الغفلة عنده وكفى ، سواء تبين ذلك من حادثة واحدة أو أكثر .

« لا يصح توقيع الحجر على إنسان بناء على سوء تصرفاته مع شخص واحد ولو تكررت لأن الحجر هو منع عن المعاملات مع جميع الناس ، ولا يصح توقيعه على إنسان تكون معاملاته رشيدة مع الجميع إلا مع شخص واحد ملك إرادته لسبب غير معلوم[٥] » .

---

(١) حسبى عال مرجع القضاء ٥٠٧٥ .

(٢) حسبى عال ١٩٤٤/١٢/١٧ .

(٣) استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٩ محاماه س ٢٠ ص ٥٠٨ حكم ٢١٦ .

(٤) استئناف مصر محاماة س ٢٠ حكم رقم ٢١٦ ص ٦٠٩ .

(٥) حسبى عال ١٩١٢ شرائع س٢ ص ١٥١ .

ونحن نرى أن تحديد القضاء للغفلة بضعف الإدراك والتمييز يباعد بينها و بين معناها فى الشريعة الإسلامية و يقربها من العته مع التمييز ، لأن المعتوه المميز فى الشريعة الإسلاميه ضعيف الإدراك ، أما ذو الغفلة فكامل العقل والإدراك إلا أنه لا يهتدى إلى التصرفات الماليه لقلة خبرته فيها ، لا لضعف فى تمييزه ونقص فى إدراكه .

وتفسير الغفلة على هذا النحو هو الذى حدا بمحكمة استئناف مصر إلى تقريب الغفلة من العته و إبعادها عن السفه . و يتبين ذلك جلياً من حيثيات حكمها الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ إذ جاء فيه « إن حالة الغفلة ترجع غالباً إلى ضعف فى الإدراك العقلى ، فصاحبها لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاملات كما أنه يكون ضعيف الإرادة فيسلس لقيادة ذوى الأطماع ، وهى كثيراً ما تكون حالة ظاهرة لا يخفى أمرها على من يتعامل مع المتصف بها ، لذلك يكون من الحق والعدل أن تنسحب عليها القاعدة التى تنطبق على حالة العته وهى أن يكون أثرها فى البله كأثر العته فيكون تصرف المغفل كتصرف المعتوه قابلا للبطلان إذا صدر وقت قيام هذه الحالة ولو قبل صدور قرار الحجر بسببها . وان الغفلة لا تختلف فى طبيعتها عن العته و إن تفاوتت درجة ضعف الإدراك فى الحالتين وهذا التوافق بين طبيعة كل من هاتين العلتين يسوغ إخضاعهما لحكم واحد هو إبطال أثر كل منهما فى التصرف إذا صدر عن شخص متصف بهذه الحالة » .

مقارنة بين السفه والغفلة

مما سبق يتبين لنا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه فى أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافى بين النافع والضار فيغبن فى معاملاته ، بينما الثانى كامل الإدراك يقدر ماينجم عن تصرفه من إضاعة لأمواله ،ومع ذلك يقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته . فالغفلة ضعف فى الإدراك بينما السفه ضعف فى الإرادة .

وحكم ذى الغفلة حكم السفيه فى جميع تصرفاته وفى الحجر عليه .

الفصل الثالث

أهلية النساء

فى القانون الرومانى

كانت المرأة فى القانون الرومانى القديم تحت الوصاية الدائمة طيلة حياتها ، وكان القدماء يعللون هذه الوصاية بنقصان عقلها . ويشهد بذلك ما رواه جايوس (Gaius) بأن الاعتقاد الشائع فى أيامه هو أن المرأة خفيفة العقل . ولكنه انتقد هذا الاعتقاد واعتبره تعليلا ظاهريا لا حقيقيا (١) . وعلله البعض الآخر بضعف خلقها ، ولكنه تعليل غير مقبول ولا يكفى لإخضاع المرأة لنظام الوصاية الدائمة . والواقع أن هذا النظام أثر من آثار الماضى حيث كان يساء الظن بصلاحية النساء لإدارة أموالهن ، إذ كان يخشى أن يبددن الأموال التى ورثنها عن أسرهن بنقلها إلى أسر أخرى فى حالة الزواج مع السيادة .

ولم يكن الوصى يتولى إدارة أموال المرأة بنفسه . بل كانت وظيفته قاصرة على إجازة التصرفات التى لا تستطيع القيام بها وحدها كعقد الديون والتنازل عنها بطريق غير رسمى ورفع الدعاوى وقبول التركة والزواج مع السيادة ونقل ملكية الأموال النفيسة (٢) . أما الأموال غير النفيسة فكانت المرأة تستطيع أن تتصرف فيها وحدها ، بخلاف الصبى ، دون حاجة إلى إجازة الوصى . ويلاحظ أن التصرفات التى أجيز لها الانفراد بها كانت قليلة جداً مما دعا البعض إلى القول بانعدام أهلية المرأة فى القانون الرومانى القديم (٣) .

---

(١) جايوس الأحكام ١ ، ١٩٠ .

(٢) القانون الرومانى ، عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٢٢٨

(٣) بلانيول ، حـ ١ ص ٦٠٨ ، نبذه ١٧٧٧ .

وأخذ نظام الوصاية على النساء يخف تدريجيا حتى قضى عليه نهائياً فى أوائل القرن الخامس الميلادى . ففى أواخر الجمهورية اقتصر نقص أهلية المرأة على التصرفات الرسمية فقط . أما غير ذلك من التصرفات فكانت المرأة تستقل بها وحدها دون حاجة إلى إجازة الوصى . وفى عهد الامبراطور أغسطس صدر قرار بإنهاء الوصاية على المرأة التى تنجب ثلاثة أطفال إذا كانت حرة الأصل وأربعة إذا كانت معتقة ، وذلك تشجيعاً للزواج وزيادة النسل . وكان يجوز بقرار من الامبراطور تحرير المرأة ولو لم يكن لديها هذا العدد من الأولاد .

وفى سنة ٤١٠ م صدر فى عهد الامبراطور تيودورز وهونوريوس قرار بمنح هذا الامتياز لجميع نساء الامبراطورية ، وبذلك زال نظام الوصاية نهائيا . ولقد كانت المرأة الألمانية كزميلاتها الرومانية عديمة الأهلية فخضعت لوصاية أبيها وورثته من بعده طالما أنها لم تتزوج ، فإذا تزوجت خضعت لوصاية زوجها . ولقد اختفى نظام الوصاية على النساء تدريجيا حتى قضى عليه نهائيا بعد فتح الغال [1] .

فى القانون الفرنسى

أما القانون الفرنسى فلم يعتبر الأنوثة وحدها سبباً كافياً لانعدام أهلية المرأة ، إذ قرر القانون المدنى مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق باكتساب الحقوق ومباشرتها ، إلا أنه استثنى قديماً بعض الحقوق التى اعتبرت مباشرتها مما يمس القانون العام فلقد حرم على النساء الشهادة على الأوراق الخاصة بالحالة المدنية والعقود الرسمية [2] ، وألغى هذا التحريم بموجب القانون الصادر فى ديسمبر ١٨٩٧ . كما حرم عليهن التوقيع على الكمبيالة ، وألغى هذا التحريم بموجب القانون الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . كما أنه لم يكن فى استطاعتهن أن يكن أوصياء أو قواما — ما عدا الأم — ولا أن يكن أعضاء فى مجلس الأسرة . وقد تعدلت

---

(١) أنظر كولان وكابيتان جـ ١ ص ٦٣٠ .

(٢) بلانيول جـ ١ ص ٧٢٣ .

هذه القاعدة بموجب القانون الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ .

ولم يبق من مظاهر عدم المساواة بين المرأة والرجل إلا استثناء واحد وهو تحريم تعامل المرأة فى البورصة .

فى الشريعة الإسلامية

الرأى السائد فى الفقه الإسلامى هو مساواة المرأة بالرجل فى الحقوق المالية يثبت لها ما يثبت له ويجب عليها ما يجب عليه .

غير أن نفراً قليلا من الفقهاء قال بوضع النساء تحت الحجر لأنهن غير رشيدات ويدخلن فى تعريف السفهاء فى قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم[١] » .

وقال مالك فى المشهور عنه أن المرأة فى ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها ، وإن كانت يتيمة فالوصى يستمر قائماً على أموالها حتى تتزوج أو تعنس . وحجته أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجل لها لكونها فى حال بكارتها محجوبة لا تعانى الأمور ولا تبرز للناس فخالفت بذلك الغلام وكان حاله غير حالها ، فإنه بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشوئه إلى بلوغه يحصل له الاختبار ويكمل عقله بالبلوغ إن أوتى منه الرشد[٢] . وروى عن أصحاب مالك روايات مختلفة فقيل إنها فى ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها وتمر فترة معينة اختلفوا فى تقديرها من عام إلى سبعة . ولقد انتقد ابن رشد هذه الروايات فقال « ولكن هذه الأقاويل ضعيفة لمخالفتها للنص والقياس . أما مخالفتها للنص فلأنهم لم يشترطوا الرشد . أما مخالفتها للقياس فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة[٣] » .

---

(١) تفسير القرطبى لابن مطرف الكنانى ج ١ ص ١١٥ . وتفسير الفخر الرازى ج ٣ ص ١٤٣ . وشرح العينى على البخارى ج ١٣ ص ١٥٠ . والمحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٣٩٤ ص ٢٨٨ .

(٢) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ١٨٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١ . والبهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٨٢ وحلى المعاصم للتاودى بهامش البهجة .

وروى عن عمر بن الخطاب وابن حنبل فى رواية غير مشهورة ، أنهما قالا بأن الفتاة لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج وتلد أو يمضى عليها سنة بعد الزواج . ولكن جمهور الفقهاء يرى أن المرأة كالرجل فى أحكام الحجر والبلوغ والرشد[١] . أعنى أن الحجر ينتهى عنها ببلوغ المحيض وإيناس الرشد تزوجت أو لم تتزوج ، وقال بذلك الأئمة الشافعى واحمد ابن حنبل فى الرواية المشهورة عنه وأبو ثور والثورى وعطاء بن المنذر وداود الظاهرى واتباعه .

من هذا نرى أن الرأى السائد فى الشريعة الاسلامية لا يعتبر الأنوثة وحدها سبباً من أسباب الحجر .

وإن اتفق جمهور المسلمين على تقرير سلطان ولاية المرأة على مالها إلا أنهم اختلفوا فى ولايتها على نفسها وحقها فى الزواج وبتولى عقد الزواج .

هل للولي إجبار المرأة على الزواج

(ا) بالنسبة للثيب البالغ — اتفق الفقهاء جميعاً على أنه لا يجوز تزويجها إلا برضاها لقول الرسول عليه السلام « الثيب تعرب عن نفسها » . ولكنهم اختلفوا فى حق الولى فى إجبار البكر البالغ والثيب غير البالغ .

(ب) بالنسبة للبكر البالغ — يرى مالك والشافعى وابن أبى ليلى أن للأب فقط أن يجبرها على النكاح ، ودليلهم قول الرسول عليه السلام « لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها » . فمفهوم المخالف لهذا النص أن ذات الأب — بخلاف اليتيمة — لا تستأذن فى الزواج . ويرى أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأبو ثور ومالك فى أحد قوليه أنه لا بد من أخذ رضاها فى الزواج ، ودليلهم قول الرسول « البكر تستأمر » وهذا النص عام يشمل ذات الأب وغير ذات الأب والعموم أقوى من دليل الخطاب[٢] .

---

(١) الأم ج ٣ ص ١٩٢ — ١٩٥ والمغنى ج ٤ ص ٥١٧ وشرح الحطاب على سيدى خليل ج ٥ ص ٦٧ وشرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص٦ المهذب ج ٢ ص ٣٧ .

(ج) بالنسبة للثيب غير البالغ — يرى مالك وأبو حنيفة أن للأب إجبارها على النكاح . ويرى الشافعى عكس ذلك ، فلا يجيز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن إذنها معتبر فى حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها فى حال الصغر . ووجه الخلاف بين الرأيين منشؤه الاختلاف فى علة الولاية على النفس ، فهى عند أصحاب الرأى الأول الصغر وعند أصحاب الرأى الثانى البكارة (١) .

مما سبق يتبين لنا أن الراجح فى الفقه الإسلامى هو أن للمرأة البالغة حرية اختيار الأزواج ، ولا يمكن أن يفرض عليها رجل تقضى معه حياتها بدون رضاها .

حق المرأة البالغ في تزويج نفسها

اختلف الفقهاء الإسلاميون فى حق المرأة فى تزويج نفسها . فالحنفيون جوزوا للمرأة الرشيدة تزويج نفسها ما دامت لم تسىء إلى أوليائها باختيارها غير الكفء ولكنهم قالوا إنه من المستحب أن يتولى عنها أولياؤها صيغة الزواج . فإذا تولت ذلك بنفسها فزواجها صحيح نافذ لأنه فى حدود سلطانها . بينما يرى باقى الأئمة عكس ذلك ، إذ يقررون أنه لا زواج إلا بولى (٢) .

أدلة أبو حنيفة

١ — القرآن — إن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح إلى النساء فى أكثر من آيه ، من ذلك قوله تعالى «ان ينكحن أزواجهن» وقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » ، وإسناد النكاح إلى المرأة يفيد جواز توليه بنفسها . كما أن قوله تعالى « فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف » نص صريح فى جواز قيام المرأة بمباشرة العقد بنفسها دون حاجة إلى ولى .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٧ .
(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٦ .

٢ — السنة . ورد كثير من الآثار تفيد أن المرأة لا سلطان عليها فى الزواج ، من ذلك حديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام « الايم أحق بنفسها من وليها . والبكر تستأمر فى نفسها و إذنها صماتها » ، وقوله عليه السلام « ليس للولى مع الثيب أمر[١] » .

٣ — إن الولاية تثبت للضرورة . وهى تثبت قبل الرشد للعجز بسبب نقصان المدارك ، فإذا زال هذا العجز زالت الولاية لا فرق فى ذلك بين الرجل والمرأة . وقد ثبت للرجل ولاية الزواج بنفسه إذا بلغ رشيداً فيجب أن تثبت للمرأة أيضاً هذه الولاية بمجرد بلوغها عاقلة رشيدة ، ولا محل لإضافة الزواج إلى أولياء المرأة بحجة أن الزواج أمر خطير لا تتولاه بنفسها لأنه إذا كان الزواج خطيرا فهو خطر علي الرجل والمرأة معاً . و إذا كان فى الزواج إحتمال ضرر بالأولياء فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى أيضاً ، إذ قد يجر على أسرته عاراً و يجلب لها شناراً . فلا معنى لانعقاد النكاح من النساء وأجازته من الفتيان[٢] .

أدلة الجمهور

١ — القرآن . ورد فى القرآن كثير من النصوص أضيف فيها النكاح إلى الأولياء كما يتضح ذلك من قوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » . قالوا إن هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق فى الولاية لما نهى عن العضل ، ومثل هذا الخطاب يتضح أيضاً من قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ، وقوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » .

ولكن يرد على ذلك بأن قوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن » لا يدل إلا على

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥١ .

(٢) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٦ .

نهى عصبة المرأة من أن يمنعوها من الزواج . وليس فى هذا النهى ما يدل على ضرورة اشتراط إذنهم لصحة الزواج ، بل العكس يفهم منه أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم(١) .

أما عن احتجاجهم بقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « فانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم » فمردود أيضاً بأن الخطاب هنا للمسلمين جميعاً وليس هناك ما يدل على تخصيصه بالأولياء . فليس المقصود من هاتين الآيتين هو حكم الولاية لأن الآية الأولى لا تدل على شىء أكثر من تحريم نكاح المشركين والآية الثانية لا تدل على شىء أكثر من إباحة نكاح الإماء والصالحين .

٢ — السنة : روى الزهرى عن عروة عن عائشة أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ايما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها . فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » . ولقد شكك الحنفيون فى هذا الحديث إذ حكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه(٢) .

وقد احتج الجمهور بأحاديث أخرى كحديث عمر « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوى الرأى من أهلها أو السلطان » وكحديث أم سلمة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه » وحديث ابن عباس « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » .

وقد ضعف الحنفيون هذه الأحاديث ولم يأخذوا بها .

٣ — أعمال الصحابة : روى أن عمر بن الخطاب رد نكاح امرأة نكحت بغير إذن وليها. وروى عن عكرمة بن خالد أن امرأة ثيباً ولت أمرها إلى رجل

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ .

(٢) ابن حزم المرجع السابق ص ٤٥٢ .

من القوم غير وليها فأنكحها رجلا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها. وعن عمر عن نافع قال: ولى عمر بن الخطاب ابنته حفصة أم المؤمنين ماله وبناته ونكاحهن فكانت حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها إذا أرادت أن تزوج امرأة ولت أخاها عبد الله فيزوج.

وروى عن الحجاج عن أبى هلال قال: سألت الحسن فقلت: أبا سعيد، امرأة خطبها رجل ووليها غائب بسجستان ولوليها هنا ولى أيزوجها ولى وليها؟ قال: لا ولكن اكتبوا إليه قلت له: إن الخاطب لا يصبر قال فليصبر. قال له رجل: إلى متى يصبر؟ قال الحسن: كما صبر أهل الكهف[1].

وروى عن محمد بن سيرين أن ابن عباس قال: «البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير الأولياء». وروى عن أبى هريرة أنه قال «ليس للنساء من العقد شىء ولا نكاح إلا بولى ولا تنكح المرأة نفسها فإن الزانية تنكح نفسها».

٤ — العرف، الأسر تتعير بزواج المرأة من الخسيس وتفخر بزواجها من الشريف لذلك لزم أن يتولى الزواج وليها حتى لا يلحقه العار بتزويجها نفسها من غير كفء. ولا يصح القياس على تولى الرجل نكاحه بنفسه لأن الأسر لا تتعير بزواجه من الخسيسة، ولأن عقدة النكاح بيده يستطيع فصمها فى أى وقت شاء إذا لم تتحقق له السعادة المنشودة، كما لا يصح قياس مباشرة المرأة للزواج بنفسها على تصرفها فى أموالها، لأن التصرف فى النفس أخطر شأناً من التصرف فى المال ولأن الضرر الذى يعيب المرأة من جراء التصرف فى مالها قاصر عليها وحدها بعكس الضرر الذى يصيبها من تزويجها نفسها بغير كفء فإنه يتعداها إلى أوليائها فيصيبهم الخزى والعار. كما أن المرأة تميل بطبيعتها إلى الرجال فيتحكم فيها الهوى الذى يغلب على عقلها فتعمى بصيرتها عن تخير الصالح لها. بعكس

---

(١) ابن حزم المحلى ج ٩ ص ٤٥٤.

ميلها للمال لا تعتريه هذه الشهوة الجامحة .

كما أن معرفة أحوال الرجال لا تتم إلا بالمخالطة والمعاشرة لذلك لا تستطيع المرأة أن تتقصى عن شريك حياتها نظراً لأن طبيعتها لا تمكنها من ذلك . كما أن الله سبحانه وتعالى أحاط الزواج ببعض الأمور الشكلية حتى يتميز بها عن السفاح فأمر فيه بالإشهاد أو بالإعلان أو بهما معاً ، كما أنه أمر أن يتولى عبارته الولى صيانة للنساء عن التشبه بالبغايا، ذلك أن البغى هى التى تزوج نفسها[1] .

تأثير الزواج على أهلية المرأة

قلنا فيما سبق إن الأنوثة وحدها ليست سبباً للحجر على المرأة أو الحد من حريتها . ورأينا أن مالكا خالف هذا الرأى وقال إن البكر محجورة ذات أب أو غير ذات أب ، ولا يجوز لها أن تتصرف فى شىء من مالها ، ولا أن تضع عن زوجها من الصداق وإن عنست حتى تدخل بيت زوجها . واختلف أصحاب مالك فى العانس فقال البعض هبتها جائزة وقال البعض لا تجوز . وأما التى كان لها زوج وتأيمت فهى كالرجل فى نفاد حكمها فى مالها كله .

ويرى جمهور فقهاء المسلمين أن الزواج لا يحد من أهلية المرأة ، فلها أن تتصرف فى أموالها بجميع أنواع التصرفات ، وذلك على عكس معظم التشريعات الأجنبية إذ تشترط إذن الزوج على الأقل بالنسبة لبعض التصرفات . ولمالك هنا رأى يخالف به جمهور الفقهاء المسلمين . إذ يرى أن للزوج حق متعلق بمال زوجته، وليس لها إلا الثلث فقط تهبه وتتصدق به، فإذا مضت لها مدة جاز لها من ثلث ما بقى أيضاً ، لها

(١) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٩٨ .

أن تفعل فيه ما شاءت وهكذا أبداً فإن وهبت لزوجها مالها كله نفذ ذلك، أما بيعها وابتياعها وسائر التصرفات الأخرى فجائزة أحب زوجها أم كره[١] .

حجج مالك

١ — القرآن : استدل المالكية على منع المرأة من التبرع بدون إذن زوجها بقوله تعالى «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم» .

ولكن هذا الاستدلال ضعيف لأن الله سبحانه وتعالى لم يخص بهذا الكلام زوجاً ، ثم لو كان فيه نص على الأزواج دون غيرهم لما كان فيها نص ولا دليل على أن له منعها من مالها أو من شيء منه . وإنما معناه أن الرجال يقومون بالنظر فى أموال النساء . وهم لا يجعلون هذا النظر للزوج أصلا بل لها أن توكل فى النظر فى مالها من شاءت رغم أنف زوجها ، ولا خلاف أنه لا ينفذ عليها بيع زوجها لشيء من مالها قل أو كثر . و بهذا يكون تفسير الآية هو وجوب النفقة على النساء[٢] .

٢ — السنة : روى عن أبى هريرة أنه قال للرسول أى النساء خير ؟ قال : التى تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه فى نفسها ومالها بما يكره .

وروى عن عطاء عن ابن عمر ، سئل الرسول ، ما حق الزوج على زوجته ؟ قال : لا تتصدق إلا بإذنه فإن فعلت كان له الأجر وعليها الوزر . وروى عن عبدالله ابن عمر أن الرسول لما فتح مكة خطب فقال «لايجوز لامرأة عطية فى مالها إلا بإذن زوجها» . كما روى أيضاً عن رسول الله أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى بحلى لها فقال لها صلى الله عليه وسلم « لا يجوز لامرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٣٠٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٣١٦ .

استأذنت كعباً ؟ فقالت نعم . فبعث إليه الرسول عليه السلام فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ فقال نعم فقبله [١] .

واستدل الملكيون أيضاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها وحسبها » . فقالوا إنه ما دامت المرأة تنكح لمالها فإن لزوجها حقاً متعلقاً بهذا المال والدليل على هذا التعلق أن الرجل يزيد وينقص فى مهرها لمالها وقاسوا المرأة على المريض من هذه الناحية .

ولكن هذا الاستنتاج غير منطقى . لأن الرسول لما قال تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها وحسبها فإنه بين بذلك ما جرت عليه عادة الناس وليس فيه دليل على أن نكاح المرأة لمالها محمود بدليل أنه قال فى الخبر نفسه فأظفر بذات الدين . ثم لنفرض أن نكاح المرأة لمالها مستحب فأى دليل فى هذا الحديث على أنها ممنوعة من مالها ؟ .

أما قياس المرأة على المريض فقد رد عليه ابن حزم رداً قاسياً فى كتابه المحلى [٢] فقال إنه « قياس للباطل على الباطل واحتجاج للخطأ بالخطأ ثم لو صح لهم فى المريض ما ذهبوا إليه لكانوا قد أخطأوا من وجوه :

(ا) المرأة صحيحة وقياس الصحيح على المريض باطل .

(ب) لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة وبين المريض ولا شبهة بينهما أصلا .

(ح) إنهم يحضون فعل المريض فى الثلث ويبطلون ما زاد على الثلث ، وهنا يبطلون الثلث وما زاد على الثلث فقد أبطلوا قياسهم .

(ى) إنهم يجيزون المرأة ثلثاً بعد ثلث ولا يجيزون ذلك المريض فإن قالوا بعد ذلك للزوج حق متعلق فى مال زوجته ، إذ قد تزوج بالمال ، لكان ذلك موجباً للمنع من قليل مالها وكثيره » .

---

(١) محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٩ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣١٢ .

٣ — أفعال الصحابة وأقوالهم : روى عن أبي هريرة أنه قال لا يحل للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها إلا بإذنه ، وأن صفية بنت أبى عبيد كانت لا تعتق ولها ستون سنة إلا بإذن ابن عمر .

ولكن يرد على ذلك أنه وردت روايات أخرى كثيرة عن الصحابة تجيز للمرأة أن تتصدق بدون إذن زوجها . وقول الصحابى فيما عرف له فيه مخالف ليس حجة علينا . وقد روى أن أسماء بنت أبى بكر الصديق قالت « كنت أخدم الزبير خدمة البيت وأسوس فرسه وكنت أحتشى له وأقوم عليه فلم يكن شيء أشد على من سياسة الفرس . ثم جاء النبى سبى فأعطاها خادماً ، ثم ذكرت حديثاً وفيه أنها باعتها . ثم قالت فدخل الزبير وثمنها فى حجرى فقال هبيها إلىّ ، فقالت لكنى تصدقت بها[1] » . فهذه أسماء بنت الصديق أنفذت الصدقة بثمن خادمها و بيعها بغير إذن زوجها ولم يعترض الزبير وكانت لا تملك شيئاً غيرها . كما روى عن الزهرى أنه قال إذا أعطت المرأة من مالها فى غير سفه ولا ضرار جازت عطيتها و إن كره زوجها .

من هذا نرى أن رأى مالك فى أهلية المرأة المتزوجة فريد فى الفقه الإسلامى وفى ذلك يقول ابن حزم « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ولا من رواية سقيمة ولا من قول صاحب ولا تابع ولا أحد قبله نعلمه إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز قد صح عنه خلافها » .

والحق هو ما قال به جمهور المسلمين من أن الزواج لا يؤثر فى أهلية المرأة . يؤيد ذلك قوله تعالى « المتصدقين والمتصدقات » وقوله تعالى « أنفقوا مما رزقنا كم من قبل أن يأتى أحدكم الموت » فالأمر عام يشمل الرجل والمرأة سواء كانت ذات زوج أو أرملة وسواء كانت بكراً أم ثيباً . كما يتضح من قوله تعالى « لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها » أنه ليس للزوج أن يمنع زوجته من

---

(١) المرجع السابق ص ٣٠١ .

التصرف فى مالها طمعا فى إرثها . كما روى عن أبى سعيد الخدرى أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الأضحى و يوم الفطر وكان يقول : تصدقوا تصدقوا ،وكان أكثر من يتصدق النساء ، وما خص بعضهن دون بعض ومنهن الفقيرة والغنية ، وما خص مقدار دون مقدار[١] .

في القانون الروماني

عرفنا أن المرأة كانت فى القانون الرومانى القديم خاضعة لنظام الوصاية طيلة حياتها . فإذا تزوجت مع السيادة فإنها تخضع لسلطة زوجها وتعتبر بنتاً له وأختاً لأولادها . أما فى الزواج بدون سيادة فإن المرأة تظل خاضعة لسلطة أبيها أو لنظام الوصاية المقررة لمصلحة الأعصاب من عائلتها[٢] . ورأينا أن نظام الوصاية هذا زال تدريجيا حتى قضى عليه نهائياً فى عهد الإمبراطور تيودورز .

في القانون الفرنسي

كان ينظر قديما فى فرنسا إلى المرأة المتزوجة باعتبارها خادمة لزوجها له عليها سلطات واسعة تصل إلى حد ضربها ، ولم تكن لها بوجه عام أهلية التصرف فى مالها أو أهلية التعاقد إلا بإذن زوجها .

وجاء قانون نابليون متأثراً بالعادات السائدةوقتئذ وقرر انعدام أهلية الزوجة. و بالرغم من قيام هذا القانون على مبدأ المساواة فى الحقوق المدنية ، إلا أنه أخل بهذا المبدأ بالنسبة للزوجين . والظاهر أن الثورة الفرنسية لم تكن تميل إلى التوسع فى الاعتراف بحقوق الزوجة . ولا يمكن تعليل انعدام الأهلية فى القانون الفرنسى كما قالوا فى الماضى بخفة عقل المرأة . ذلك أن هذا القانون أقر المساواة التامة بين المرأة غير المتزوجة والرجل . اللهم إلا إذا قلنا أن الزواج يؤثر فى عقل المرأة !.

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣١٨ .

(٢) بلانيول ج ١ ص ٦٠٧ .

لذلك لم يكن هذا التضييق على الزوجة راجعاً لكونها امرأة إنما يرجع لكونها زوجة . فكان يقصد القانون من وراء ذلك ضمان الاحترام اللازم لسلطة الزوج وحماية أموال الزوجة لإمكان مواجهة الأعباء العائلية الناشئة عن عقد الزواج .

وظلت قاعدة عدم أهلية الزوجة قائمة فى فرنسا بالرغم من نقد الكتاب لها ولم يدخل عليها إلا بعض الاستثناءات التى أتت بها القوانين الإصلاحية كقانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٧ الذى أعطى للمرأة حرية التصرف فيما تجنيه من كسب خاص . ثم ألغيت هذه القاعدة نهائياً بموجب القانون الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ والقانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ . ولقد نصت المادة ٢١٦/١ مدنى (معدلة) على أن المرأة المتزوجة لها كامل الأهلية . وقد يبدو لأول وهلة أن هذا النص غريب لأن الأصل فى الإنسان الأهلية ، فلم يكن من الضرورى النص على ذلك . ولكن هذا النص لا يمكن تفسيره إلا بالتطور التاريخى لأهلية المرأة المتزوجة فى القانون الفرنسى .

و بعد أن قررت المادة ٢١٦ أهلية المرأة المتزوجة كاملة أضافت إلى ذلك ، أن مباشرة هذه الأهلية لا يحدها إلا القانون ومشارطة الزواج .

والواقع أن ذكر القيود القانونية عديم الفائدة . إذ من الممكن أن يقيد القانون الأهلية القانونية لأى شخص . فلم يكن من الضرورى ذكر ذلك . والقيود القانونية التى يشير إليها الشراح عادة هى تحريم قبول الزوجة للوصاية أو القوامة دون اذن زوجها . وهذه ليست قيوداً على أهلية الزوجة إنما قيود تتعلق باحترام الحقوق التى للزوج باعتباره رئيسا للعائلة . ولا محل لأن نضيف إلى هذه القيود القانونية القيود القائمة على قصر المرأة والقيود المشتركة بين الزوجين كالتبنى أو قبول التبنى من الغير مثلا ، أو تحريم بعض العقود بين الزوجين .

والقيود الحقيقية التى ترد على أهلية المرأة المتزوجة هى القيود الناشئة من النظام المالى . فالنظام المالى جرد المرأة من جزء من الأهلية التى منحها إياها القانون .

والواقع أن إلغاء عدم الأهلية للمرأة لم يكن ليتحقق إلا بتعديل هذا النظام تعديلا كبيرا ، إذ أن أهلية المرأة المتزوجة والنظام المالى مسألتان مرتبطتان ببعضهما البعض ، ويوضح هذه الصلة بينهما بلانيول فيقول : كما كان مدى عدم أهلية المرأة المتزوجة يتوقف فى الماضى على النظام المالى فإن مدى أهليتها يتوقف أيضا على هذا النظام . بل إن تأثير النظام المالى أصبح اليوم أكبر ، إذ كانت المرأة فى الماضى عديمة الأهلية على وجه العموم وفى ظل أى نظام مالى . وعلى ذلك لم يكن للنظام المالى أثر إلا فى حدود ضيقة أما الآن وقد أصبحت المرأة ذات أهلية فان كل القواعد المتعلقة بالنظام المالى هى قيود لهذه الأهلية ومن المستحيل اليوم أن نفسر قواعد النظام المالى بين الأزواج بفكرة انعدام أهلية المرأة . فالمسألة لا تعدو أن تكون نقص سلطة لا نقص أهلية [1] .

إذن الزوج ورضاه : كان للزوج قديماً أن يأذن لزوجته بإبرام التصرفات التى لم تكن تستطيع إبرامها وحدها نظراً لانعدام أهليتها . وكان المقصود من الإذن حماية المرأة عديمة الأهلية وإجبارها على احترام سلطة زوجها فإذا باشرت التصرف وحدها فلها أن تتمسك بالبطلان دون من تعاملت معه ، كما هو الحال بالنسبة لسائر عديمى الأهلية . وكان للزوج أيضاً أن يتمسك بهذا البطلان بسبب الطبيعة المزدوجة للسلطة الزوجية .

ولقد ألغى القانون الجديد انعدام أهلية المرأة واستتبع ذلك إلغاء نظام الإذن إلا فى حالات إستثنائية وهى :

١ — قبول المرأة للوصاية أو القوامة .

٢ — هبة أموال الدوطه أو التصرف فيها .

٣ — مباشرة التجارة، إذ تستطيع المرأة أن تباشر التجارة بدون إذن

---

(١) بلانيول ج ١ ص ٦٢٢ .

زوجها ، إلا أنه يجب أن يرضى الزوج بوجه عام عن مباشرتها للتجارة .

وبالرغم من إلغاء نظام الإذن ، فيما عدا الحالات السابق ذكرها ، إلا أن تدخل الزوج ما زال لازما لنفاذ تصرف الزوجة فى مواجهته . ورضا الزوج فى هذه الحالة مقصود به إعطاء المرأة سلطات ليست لها بسبب طبيعة النظام المالى . فإذا باشرت الزوجة وحدها التصرف فانه يكون صحيحا ولكن يختلف أثره بحسب النظام المالى بين الزوجين ؛ فمثلا فى ظل نظام الشركة لا يمكن تنفيذ التصرفات التى تباشرها المرأة شخصيا على أموال الشركة ، ولكن يمكن تنفيذها على ملكية الرقبة لأموالها ، وكذلك على الأموال التى اكتسبتها من مهنة متميزة عن مهنة زوجها . وبالاختصار يكون التصرف صحيحاً ولكن لا يحتج به على الزوج[1] .

لذلك لا يستطيع الزوج أن يطالب ببطلان التصرف الذى أبرمته زوجته بدون رضاه . وليس له أن يشكو من ذلك لأن التصرف سيكون غير نافذ فى مواجهته . هذا بعكس الحال فى الماضى حيث كان للزوج أن يطعن بالبطلان فى التصرف الذى أبرمته زوجته دون إذنه . إذ كان يستعين بدعوى البطلان على فرض سلطته ، ولكن هذه السلطة قد اختفت الآن . ومن ثم تعتبر دعوى البطلان غير مقبولة من جانب الزوج لعدم توفر المصلحة . ومع ذلك يرى بلانيول أنه يحسن منح الزوج هذه الدعوى بصفته رب الأسرة . إذ يجب العمل علي توفير الاحترام اللازم لتنظيم العائلة وعلى ذلك يكون له الحق فى طلب إبطال التصرف الذى أبرمته زوجته مخالفة للقانون . وأساس هذه الدعوى هى المصلحة الأدبية ، لذلك يجب ألا تعطى لورثة الزوج أو دائنيه[2] .

---

(١) Paris 31 Janvier 1946, J. C. P. 1946, 3038.

(٢) بلانيول ج ٢ ص ٦٣٤ بند ١٨٥٥ .

مدى تأثير النظم المالية المختلفة فى أهلية المرأة المتزوجة : بينا فيما سبق أن المرأة المتزوجة كانت فيما مضى عديمة الأهلية فى ظل جميع الأنظمة المالية المختلفة . إذ لم تك تستطيع بوجه عام أن تباشر أى تصرف فى أموالها بدون إذن زوجها . فطبقا لقانون سنة ١٨٠٤ كان يحرم على المرأة المنفصلة ماليا أن تتصرف فى عقاراتها إلا بإذن زوجها . وكذلك الحال بالنسبة للمرأة المتزوجة فى ظل نظام الدوطه فيما يتعلق بأموالها الخاصة .

ولم يلغ قانون سنة ١٩٣٨ هذا التحريم . والظاهر أن المشرع هالته السلطة الواسعة التى منحت للمرأة بسبب إلغاء عدم أهليتها فتعمد الإبقـاء على هذا التحريم إلى أن ألغى نهائيا بموجب القانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ ، الذى ألغى انعدام أهلية المتزوجة . إلا أن هذا القانون احتفظ بالنظم المالية الخاصة بالزواج مع العلم بأن بعضها قائم أساساً على فكرة انعدام أهلية المرأة . ففى نظام المشاركة مثلا يحرم على المرأة أن تتصرف وحدها فى الملكية التامة لأموالها لما يقضى به هذا النظام من تخصيص أموال الزوجين واعتبار الزوج رئيسا للشركة ، له على هذه الأموال حق الإدارة والانتفاع . وفى نظام الدوطه يحرم على المرأة أن تتصرف فى الأموال المكونه لها لما تتصف به هذه الأموال من صفة التخصيص ، ولكن لها الحق فى أن تتصرف فى أموالها الشخصية Paraphernaux شأنها فى ذلك شأن المرأة المتعاقدة على نظام الأموال .

وإلغاء انعدام أهلية المرأة المتزوجة مع الاحتفاظ فى نفس الوقت بالنظم المالية يقتضى القول بالإبقاء على القاعدة التقليدية التى تحرم على المرأة التصرف فى أموالها بالتطبيق للقواعد الخاصة بهذه النظم . ولكن هذا التحريم لا يمكن تفسيره ، كما كان الحال فى الماضى ، على أساس انعدام الأهلية ، بل أساسه هو انعدام السلطة .

التزامات المرأة : طبقا لقانون سنة ١٨٠٤ لم تكن المرأة المتزوجة أهلا لأن تلتزم تعاقديا . حقا إن القانون لم ينص على ذلك صراحة . ولكن هذا أثر من آثار انعدام أهليتها . فالمرأة المتزوجة لم تك تلتزم إلا بسبب أفعالها غير المشروعة أو الشبه تعاقدية أو بموجب نص القانون (١) .

ولقد حاول القضاء قديماً أن يلزمها عن الإخطاء التي ترتكب في إبرام العقود أو تنفيذها (٢) .

ولكن اليوم أصبحت المرأة تلتزم إلتزاما صحيحاً بالعقود التي تبرمها (٣) .

إلا أن للنظام المالى أثراً كبيراً فيما يتعلق بتنفيذ تعهداتها . ففي ظل نظام المشاركة لا تستطيع المرأة أن تلتزم بالنسبة للملك التام على أموالها إذ يجب عليها أن تحترم حقوق زوجها في الانتفاع بالشركة . وفي ظل نظام الدوطه لا تستطيع بالتزامها التعاقدى أن تلزم الدوطه .

تصرف أحد الزوجين في مال الآخر

لكل من الزوجين أن يتصرف في مال الآخر وفق ما جرى به العرف وطبقاً لرضاه الضمنى، وعادة يكون في أشياء البيت من طعام وشراب وما شاكل ذلك . فلقد روى عن الحسن أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم . صاحبتى تتصدق من مالى وتطعم من طعامى . قال أنتما شريكان . قال أرأيت

---

(1) Req 26 Avril 1900. D. 190. I. 455, S. 1901—1—192, Not Ferron.

(2) Voy Civ 28 Mars, 1888 D. 88—1—1902—1—452, S, 1902—1—985.

(3) Montpellier 17 octobre 1945, Gaz Palais, 1945,2—189.

إن نهيتها عن ذلك ؟ قال لها ما نوت ولك ما بخلت .[١] وروى عن عمر بن مرة قال سمعت أبا وائل يحدث عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال . إذا تصدقت المرأة من بيت زوجها كان لها اجرا وللزوج مثل ذلك. كما جاء بالحديث الشريف إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجره بما كسب[٢] .

وروى عن ابن عباس أن امرأة قالت للرسول آخذ من مال زوجى فأتصدق به ؟ قال الخبز والتمر .قالت : فدراهمه . قال أتحبين أن يتصدق عليك . قالت لا . قال : لا تأخذى من دراهمه إلا بإذنه .

مثل ذلك ما جاء فى المادة ٨٢٢ من المجلة إذ نصت على أنه « إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته إياه بلا إذن الزوج فضاع . فإذا كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفى يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة أيضاً . وإن لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التى تكون فى يد النساء كالفرس ، فالزوج مخير إن شاء ضمنه لزوجته وإن شاء ضمنه المستعير (مادة ٨٣٢).

وغلة مال الزوجة تكون لها إلا إذا أرادت أن تهبها لزوجها ولا يكون سكوتها وحده دليلا على الهبة[٣] . وكذلك الحال بالنسبة لمهر الزوجة فإنه له وحدها ، ليس لزوجها ولا لأبيها شيء منه إطلاقا[٤] .

والشريعة الإسلامية توجب على الزوج وحده الإنفاق على زوجته وأولاده ولا يجعل للزوج حقاً فى مال زوجته . هذا بعكس الحال فى القانون الفرنسى إذ يوجب على الزوجين معاً إطعام أولادهم والقيام بشئونهم وتربيتهم[٥] . وتلتزم الزوجة بمشاطرة زوجها ضمان إدارة الأسرة أدبيا وماديا وبذل الجهد فى المحافظة

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح العينى على البخارى جـ ٨ ص ٢٩٠ وصحيح مسلم جـ ٣ ص ٩٠ والجامع الصغير للسيوطى جـ ١ رقم ٤٩٩ والفتاوى الهندية جـ ٥ ص ٨٩ .

(٣) البهجة فى شرح التحفه جـ ١ ص ٧١ — ٧٢ .

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٩ رقم ١٨٥١ .

(٥) مادة ٢٠٣ مدنى فرنسى .

عليها وتربية الأولاد وتهيئة أسباب مستقبل حياتهم (مادة ٢١٣) . ونصت المادة ٢١٤ على أنه إذا لم يحدد عقـد الزواج مدى مساهمة كل من الزوجين فى أعباء الزوجية كان على كل منهما أن يساهم فيها بقدر طاقته . ويقع الإلتزام بتحمل هذه الأعباء بصفة أصلية على عاتق الزوج ، فهو ملزم بأن يقدم للزوجة كل ما تقتضيه الحياه تبعاً لطاقته وحالته .

ولقد جرى القضاء الفرنسى على اعتبار الزوجة ممثلة لزوجها فى التصـرفات الخاصة بإدارة الشئون الزوجية كشراء المأكولات والملابس والأثاث والأشياء المهملة واستخدام الخدم والعمال والمربين . لذلك تستطيع الزوجة أن تقوم بهذه الأعمال دون إذن زوجها لأنها ضرورية لإدارة بيتها .

ولقد جاء قانون سنة ١٩٤٢ فسجل هذا القضاء . فنصت المادة ٢٢٠ على أنه للمرأة المتزوجة فى كافة الأنظمة الزوجية سلطة تمثيل الزوج فى احتياجات البيت كلها ولها أن تستخدم فى ذلك الأموال التى قد يتركها الزوج تحت تصرفها وفى هذه الحالة تـكون تصرفات الزوجة ملزمة لزوجها قبل الغير [١] .

أما فى الشريعة الإسـلامية فالأعباء المالية تقع على الزوج وحده ذلك أن الزوجة تقوم بوظيفة منزلية ، كما أن الزوجة محتبسة لأجل حقه وصيانة نسب أولاده من الاختلاط بغيره ، وكل من احتبس لغيره وجبت مؤنته على من احتبس له [٢] .

الأهلية التجارية للنساء

فى القانون الفرنسى

طبقاً للمادة الرابعة من القانون التجارى الصادر فى سنة ١٨٠٧ لا تستطيع المرأة المتزوجة أن تباشر التجارة إلا برضا زوجها ، ولا يشترط أن يكون الرضا

---

(١) بلانيول ج ١ ص ٦٢٤ .

(٢) راجع عبد الوهاب خلاف ، الأحوال الشخصية ، ص ٧٥ .

صريحاً بل يكفى أن يكون ضمنياً كأن تباشر المرأة التجارة بعلم زوجها دون اعتراض منه[١] .

و إذا رفض زوجها السماح لها بذلك فإنها تستطيع أن تحصل على إذن من المحكمة على حسب الرأى الراجح .

ولقد بينا فيما سبق أن قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ قرر الأهلية المدنية الكاملة للمرأة المتزوجة . نتيجة لذلك أجيز لها مباشرة أى مهنة دون رضا زوجها . ولكن المشرع لم يعدل المواد ٤ و٦ و٧ من القانون التجارى ، لذلك ظلت القاعدة القديمة قائمة وهى أن المرأة لا تستطيع مباشرة التجارة دون رضا زوجها واقتصر أثر التعديل على إمكان قيامها بالأعمال التجارية المنفردة دون اشتراط هذا الرضا .

ثم جاء قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ وعدل هذا الوضع وأجاز للزوجة أن تحترف بالتجارة ما لم يعارض زوجها فى ذلك (مادة ٤ معدلة) و بذلك ألغى نظام الإذن الذى كان يتطلبه قانون سنة ١٨٠٧ . والواقع أن هذا التعديل لم يكن له أثر كبير من الناحية العلمية لسببين :

١ — كان من المقرر قبل قانون سنة ١٩٤٢ — كما بينا — أن إذن الزوج العام يمكن أن يكون ضمنياً يستفاد من مباشرة المرأة التجارة دون معارضة من زوجها .

٢ — المادة ٤ / ٦ من قانون ١٩١٩ المعدلة بقانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ تتطلب من المرأة المتزوجة التى تريد تسجيل إسمها فى السجل التجارى أن تقدم إقراراً من زوجها يتضمن عدم اعتراضه على مباشرتها للتجارة . حقا إن المرأة إذا مارست التجارة رغم رفض زوجها إعطاء هذا الإقرار فإنها ستعتبر تاجرة ولكنها لن تستطيع أن تحصل على تصريح المديرية بفتح المحل التجارى[٢] .

---

(1) Cass, 7. Mars 1922, S. 22—1—5, note Lyon Caen D. P. 25—1—136

(2) Note, G, Ripert, Rev, gén, dt, Com 1943, P. 175, Sous Seine 19 Janvier, 1943.

أثر اعتراض الزوج : لاعتراض الزوج أثران :

١ — لا تستطيع الزوجة من الناحية العلمية مباشرة التجارة .

٢ — تنص المادة ٢٢٣ مدنى جديدة على أن التعهدات التى أبرمتها المرأة فى مباشرة التجارة تكون باطلة بالنسبة لزوجها إذا كان الغير الذى تعاملت معه يعلم شخصياً بمعارضة الزوج فى الوقت الذى تعامل فيه مع الزوجة .

ويستفاد من هذا النص أن المرأة تبقى أهلا للالتزام بعد اعتراض زوجها كما كانت قبله مما يترتب عليه إمكان التزامها بتعهدها وإمكان إشهار إفلاسها ، ولكن الأشخاص الذين علموا باعتراض الزوج لا يمكنهم الرجوع بموجب هذه التعهدات على الأموال المشتركة ولا على أموال الزوجة الشخصية فيما يتعارض مع حق الزوج فى إدارتها والانتفاع بها[١] .

وطبقاً للمادة ٢٢٣ مدنى معدلة التى أحالت عليها المادة ٧ تجارى إذا لم تكن معارضة الزوج مبنية على أساس مراعاة صالح الأسرة جاز للزوجة أن تستصدر ترخيصاً من القضاء بالتجاوز عن هذه المعارضة[٢] .

وفى هذه الحالة تكون كافة التعهدات المهنية التى التزمت بها الزوجة من وقت المعارضة صحيحة .

عدم اعتراض الزوج : فى حالة عدم معارضة الزوج أو فى حالة معارضته وإلغائها تكون المرأة المتزوجة كاملة الأهلية للقيام وحدها بكافة الأعمال التجارية سواء أقامت

---

(1) Juiloit de la Moran ndiere, Precis de droit Commercial par leon La Cour, 8 edit 1945, no 68, P. 39·

(2) Seine 19 Janvier, 1943, precitè, Rev. Tr dt. Ciu. ,43, P. 108 no 10 observe, G. Lagarde.

بها وحدها أو مع الغير فى شركة توصية أو فى شركة تضامن .

وتنص المادة ٥ / ٢ المعدلة بقانون سنة ١٩٤٢ على أن عقود المعاوضات التى تتصرف بموجبها المرأة فى أموالها الشخصية لحاجة تجارتها تنتج أثرها بالنسبة للغير ولا يستطيع الزوج أن يعترض على هؤلاء الغير بحقه فى الإدارة والانتفاع الذى يستمده من المشارطة المالية بينه و بين زوجته .

استثناء بالنسبة لأموال الدوطة : لا تستطيع المرأة التصرف فى أموال الدوطة أو رهنها أو إجارتها إلا فى الحالات المحدودة فى القانون و بالشروط الواردة فى عقد الزواج . فإذا تزوجت المرأة على نظام الدوطة فإن الأموال المكونة للدوطة تظل خاضعة لقاعدة عدم إمكان التصرف فيها .

نتائج مباشرة المرأة للتجارة :

١ — من ناحية الأصول — طبقاً للمادة ٢٢٤ مدنى المعدلة بقانون سبتمبر سنة ١٩٤٢ إذا زاولت الزوجة مهنة مميزة عن مهنة زوجها فكل مال تكتسبه من ممارسة نشاطها المهنى فى كافة النظم الزوجية يكون لها حق إدارته والانتفاع به طيلة قيام الزوجية ، ويكون للزوجة على هذه الأموال ما للزوجة المتعاقدة فى ظل نظام الانفصال من حق التصرف فى أموالها الشخصية . ولقد سبق أن بينا أن هذه الأموال تكون ملكا خاصاً للزوجة فيما عدا نظام المشاركة فانها تعتبر من المكتسبات المشتركة طيلة قيام هذا النظام ، وعند انحلال الزوجية تحتسب هذه الأموال فى الأصول المعدة للقسمة ما لم تتنازل الزوجة عن نظام المشاركة[١] .

٢ — من ناحية الالتزامات — تنص المادة ١/٥ تجارى المعدلة بقانون

---

(١) ماده ٢٢٦ مدنى فرنسى .

سنة ١٩٤٢ على أن المرأة التاجرة تلتزم شخصياً بالتصرفات التى تصدر منها لحاجة تجارتها . وعلى ذلك يكون للدائنين حق الرجوع على أموالها الشخصية والأموال التى اكتسبتها من مهنتها ، دون أن يكون للزوج حق فى أن يعترض بحقه فى الإدارة والانتفاع . كما أن المرأة تلزم زوجها أيضاً إذا كان النظام بينهما نظام مشاركة .

فى القانون المصرى

عرفنا فيما سبق أن المرأة وفقاً للرأى السائد فى الفقه الإسلامى تستطيع أن تتصرف فى أموالها كما شاءت دون أخذ إذن زوجها ، وكذلك لها حرية الاحتراف بالتجارة دون حاجة لهذا الإذن ولا يستطيع الزوج أن يعترض على مباشرتها للتجارة[(١)] .

ولقد أخذ القانون المصرى بهذه القاعدة إلا أنه لاحظ ما يقضى به القانون الشخصى لبعض الأجانب من أوضاع معينة فى النظم المالية للزواج كما هو الحال فى القانون الفرنسى فحتم على التاجرة المتزوجة غير المسلمة وكذا التاجر غير المسلم اخبار قلم الكتاب بالشروط التى حصل الاتفاق عليها فى عقد الزواج ، وأوجب على قلم الكتاب التأشير بذلك فى دفتر خاص ليقف الغير على ثروة التاجر أو التاجرة[(٢)] .

---

(١) أخذ بهذا الحكم معظم التشريعات التى تطبق الشريعة الإسلامية فيما عدا القانون اللبنانى التجارى الصادر فى ٢٤ كانون الأول سنة ١٩٤٢ حيث نص على أن المرأة المتزوجة مهما تكن أحكام القانون الشخصى الذى تخضع له لا تملك الأهلية إلا إذا — حصلت على رضا زوجها الصريح أو الضمنى .

(١) (م ٦ ـ ٢٠/١٠ ـ ٢٤ تجارى) .

أهلية النساء غير التاجرات بالنسبة للتوقيع على الكمبيالة

نصت المادة ١١٣ من المجموعة التجارية الفرنسية على اعتبار توقيع المرأة غير التاجرة على الكمبيالة عملا مدنياً . ولقد وضع هذا النص فى وقت كانت فيه المرأة عديمة الأهلية بوجه عام وكان الاكراه البدنى وسيلة لتنفيذ الالتزامات الثابتة بالكمبيالة . فأراد المشرع تجنيب غير التاجرات سبيل الإكراه البدنى نظراً لعدم خبرتهن بشئون التجارة ولجهلهن بالأحكام القاسية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات الصرفية . ولقد ألغى الاكراه البدنى كوسيلة لتنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية سنة ١٨٦٧ كما ألغيت المادة ١١٣ من التشريع الفرنسى بموجب القانون الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . وبالرغم من زوال الاعتبارات التى أدت إلى وضع هذا النص فى التشريع الفرنسى قبل وضع المجموعة التجارية الوطنية وبالرغم من أن التشريع المصرى قائم على مبدأ المساواة بين الجنسين فى الأهلية ، إلا أن المشرع المصرى نقل نص هذه المادة إلى المجموعة التجارية الوطنية فى المادة ١٠٩ منها . لذلك نرى أن هذه المادة غريبة على التشريع المصرى وتعتبر استثناء لا يجوز التوسع فى تفسيره . وبناء عليه فلا تنطبق إلا على التصرفات المنصوص عليها فيها وهى سحب الكمبيالة وقبولها وتحويلها ، فلا تنطبق على الضمان الاحتياطى والقبول بالواسطة . ولقد تضاربت أحكام المحاكم المختلطة بالنسبة للضمان الاحتياطى فذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٨ مايو سنة ١٩١٧ (١) إلى أن المادة ١١٤ مختلط — تقابل المادة ١٠٩ تجارى وطنى — لا تنطبق فى حالة الضمان لأن الضمان يقوم على ثقة الضامن فى المضمون وأن الضامن لا يقدر عند توقيعه على الكمبيالة غير يسر المضمون وحسن سمعته تاركا للمدين الأصلى عبء دراسة الأمور الأخرى . وعلى العكس من ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ (٢) إلى تطبيق حكم المادة ١١٤

(١) تشريع وقضاء س ٢٩ ص ٤٠٨ .

(٢) تشريع س ٤٢ ، ص ٧٦ .

على حالة الضمان الاحتياطى من باب أولى على أساس أن هذا الضمان يرتب آثاراً مماثلة للآثار المترتبة على تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها ولا سيما أن الضمان الاحتياطى قد يتخذ شكل التظهير . ويرجح الدكتور أمين بدر هذا الرأى الأخير على أساس أن الرأى المخالف يؤدى إلى نتائج غير مقبولة فيقول « إذا سحبت سيدة غير تاجرة كمبيالة وكفلتها سيدة أخرى غير تاجرة كان من غير المقبول أن نفرق بين هاتين السيدتين فى المعاملة القانونية وأن نقسو على السيدة الضامنة بالنسبة للسيدة المضمونة لا لشىء إلا أن عبارة النص قد جاءت قاصرة عن حالة الضمانة أو الكفالة مع أن هذا القصور قد شاب كثيراً من النصوص القانونية ولم يتردد أحد مع ذلك فى تكملة هذه النصوص القانونية وتعميم أحكامها على الحالات المماثلة لتلك التى نظمتها ، فقد ذكرت المادة ١٢٧ تجارى مثلا أن ساحب الكمبيالة أو قابلها أو محولها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن ولم تذكر الضامن الاحتياطى والقابل بالواسطة مع أنهما مسئولان هما الآخرين عن الوفاء للحامل على وجه التضامن »(١) .

الآثار المترتبة على توقيع السيدة غير التاجرة على الكمبيالة

إن القيد الخاص بعدم تجارية الكمبيالات المحررة من النساء قاصر فقط على الاختصاص ومقدار الفائدة التى تصح المطالبة بها وطرق الإثبات التى يجوز التمسك بها والتقادم الذى يمكن الاحتجاج(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ تشريع وقضاء س ٢٩ ص ٤٦٩ .

(٢) أمين بدر ، الأوراق التجارية ، ص ٤٧ .

ولا يسرى على سائر الأحكام الخاصة بالكمبيالة فتظل السيدة مسئولة عن الوفاء للحامل بقيمة الكمبيالة فى ميعاد الاستحقاق ويمتنع عليها الاحتجاج بقواعد الحوالة المدنية[1] ويمتنع عليها بصفة خاصة الاحتجاج فى مواجهة الحامل حسن النية بالدفوع التى لها فى مواجهة حامل سابق[2].

ويلاحظ أن الحماية المنصوص عليها فى المادة ١٠٩ حماية تافهة لأن السيدة غير التاجرة إذا وقعت على الكمبيالة بمناسبة عمل تجارى فإن الحامل يستطيع بدلا من أن يرجع عليها بموجب الالتزام الصرفى ، أن يرجع عليها بموجب الالتزام الأصلى فتخضع للاختصاص التجارى والفائدة التجارية والتقادم التجارى .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ تشريع وقضاء س ٥١ ص ١٩١ .
(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ تشريع وقضاء س ٢٩ ص ٤٦٩ .

خاتمة

انتهينا من دراسة الموضوع دراسة تفصيلية ، وقد عرفت أننا خصصنا الجزء الأكبر من البحث فى تحديد عوارض الأهلية ، وهو الأمر الذى لم يجمع عليه الفقهاء ، ولذلك رأينا أن ننهى إليك خلاصة ما انتهينا إليه .

أما العارض فى رأينا الذى لا بد أن تكون قد ألممت به فهو أمر يطرأ على الشخص نتيجة شذوذ غير طبيعى فى عقله فيؤثر على أهلية الأداء لديه بحيث يحد من قدرته على مباشرة حقوقه والتزاماته .

ولما كانت الحرية حقاً طبيعياً لكل إنسان وكان العارض أمراً يوجب الحد من هذه الحرية كان لزاماً أن يحدد الشروط اللازمة لتحديد العارض ، والضمانات الكفيلة لعدم إساءة استعمال هذا القيد الثقيل . لذلك رأينا أن نحدد الأسس التى ينبغى أن تبنى عليها عوارض الأهلية فيما يلى :

أولا : إن العارض يجب أن يكون حالة غير طبيعية تعترى عقل الإنسان فيجعله أقل من الشخص العادى قدرة على مباشرة حقوقه .

ثانيا : أن يكون لهذه الحالة صبغة الدوام إلى حد ما ؛ فلا يعتبر عارضا تلك التقلبات النفسية والانفعالات التى تطرأ وتزول دون أن تستغرق وقتاً طويلا .

ثالثا : يجب أن يكون المقصود من عوارض الأهلية التى بها يحد من حرية الشخص ، هو حماية الشخص نفسه لا حماية غيره ، وكل قيد من القيود الواردة فى النصوص مما يقصد به حماية الغير لا تعد عارضاً من عوارض الأهلية ولو سميت كذلك .

رابعا : يجب أن يكون هنالك نص من الشارع يقر هذه الحالات حتى لا تكون موضعاً لإهمال أو سوء الاستعمال .

وتطبيقا لهـذه الأسس أخرجنا طائفة من الأمور من عداد عوارض الأهلية وهى :

أولا — القصر : وذلك لأن كل إنسان لا بد أن يمر بمرحلة القصر حال حياته ، فالقصر ليس طارئا غير طبيعى يطرأ على حياة الإنسان ، وكذلك الموت والنوم .

ثانيا — عيوب الرضا : وهى الإكراه والجهل والتغرير وما شابه ذلك ، فهى وإن كانت حالات طارئة على الإنسان إلا أنها لا تأخذ صفة الدوام .

ثالثا — مرض الموت والدين والرق والأنوثة : ذلك بأن هـذه الأمور تخلق قيوداً لم توضع أصلا لمصلحة المريض والمدين ، والرقيق والأنثى ، وإنما وجدت لمصلحة الغير ممن تتصل مصلحتهم بمصلحة هؤلاء .

رابعا — السفه والغفلة : ذلك بأن الشارع لم ينص على تقييد حريتهم فى مباشرة حقوقهم ، أما النصوص التى ورد فيها ذكر السفهاء ورأى الفقهاء ورأينا أيضا فى هذه النصوص هو أن كلمة السفهاء لا يقصد بها سوى ضعفاء العقول ممن يدخلون فى عداد المجانين . أما السفه بالمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء وهو الإسراف والتبذير فلم يرد فيه نص ، وبذلك لا يعد أحـدها عارضاً من عوارض الأهلية .

وبذلك تـكون عوارض الأهلية قاصرة على الجنون والعته .

هذا هو ما انتهينا إليه بالنسبة لتحديد العوارض ، أما بالنسبة لحماية هؤلاء الذين أصيبوا بهذه الآفات المرضية فأقعدتهم عن مباشرة أعمالهم فإن الشارع الإسلامى ، بحسب ما وصل إلى علمنا أثناء هذا البحث قد اتخذ لحمايتهم نظام النيابة بالنسبة لعديم الأهلية ، ومزج بين نظام النيابة ونظام الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة بالنسبة لناقص الأهلية .

هذه خلاصة البحث ، وأرجو أن يوفقنا الله إلى الصواب ؟

فهرس تحليلي
لموضوعات الرسـالة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

الأمور المؤثرة فى الرشد

صفحة

المراجع

أولا : فى الشريعة الإسلامية

١ – القرآن الكريم والسنة

١ – أبو بكر الرازى (الجصاص) – أحكام القرآن، طبعة ١٣٣٥ هـ.
٢ – القرطبى – تفسير القرطبى طبعة ١٣٥٦ .
٣ – ابن حنبل (أحمد) – مسنده، ١٣١٣ هـ، ستة أجزاء .
٤ – الترمذى – السنن، مطبعة الحلبى .
٥ – ابن مطرف الكناني – تفسير القرطين، ١٣٥٥ هـ، جزءان .
٦ – أبو داود – السنن، مطبعة مصطفى محمد، أربعة أجزاء .
٧ – السيوطى – تنوير الحوالك، شرح موطأ مالك، ١٣٤٨ هـ، جزءان .
٨ – السيوطى – الجامع الصغير من حديث البشير النذير، ١٣٥٢ هـ، جزءان .
٩ – السيوطى – الفتح الكبيرة فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، ١٣٥٠ هـ، ثلاثة أجزاء .
١٠ – مسلم – صحيح الإمام مسلم، ١٣٣٤ هـ، ثمانية أجزاء .
١١ – النسائى – السنن بشرح السيوطى، ١٩٣٠ م، ثمانية أجزاء .
١٢ – البخارى – الجامع الصحيح، مطبعة الحلبى، مصر، تسعة أجزاء .

٢ – علم الأصول

١٣ – ابن ملك – شرح المنار، ١٣١٤ هـ .

١٤ — البزدوى — كشف الأسرار، الاستانة ١٣٠٧ هـ، أربعة أجزاء.

١٥ — البيضاوى — منهاج الوصول إلى علم الأصول، مطبعة التوفيق، ثلاثة أجزاء.

١٦ — الأسنوى — نهاية السول شرح منهاج الوصول، طبع مع منهاج البيضاوى.

١٧ — العينى (زين الدين عبد الرحمن) — شرح المنار، بهامش شرح ابن ملك.

١٨ — ابن أمير الحاج — التقرير والتحبير، المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ.

٣ — الفقه الحنفى

١٩ — الكاساني — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ — ١٩١٠م. مطبعة الجمالية سبعة أجزاء.

٢٠ — الموصلى — المختار وشرحه الاختيار، مطبعة حجازى، جزءان.

٢١ — الزيلعى — تبين الحقائق على شرح كنز الدقائق للنسفى، بولاق ١٣١٣ — ١٣١٥ هـ، ستة أجزاء.

٢٢ — الشلبى — حاشية على التبيين للزيلعى.

٢٣ — قاضى سماوه — جامع الفصولين، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٠ هـ، جزءان.

٢٤ — الأستروشنى — أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين.

٢٥ — البكرى (المنلا فضيل الجمالى) — آداب الأوصياء بهامش جامع الفصولين.

٢٦ — السرخسى — المبسوط، ١٣٣١ هـ، ثلاثون جزءا.

٢٧ — البغدادى — مجمع الضمانات، المطبعة الخيرية، مصر، ١٣٠٨هـ.

٢٨ — عالمكير — الفتاوى الهندية، المطبعة الميمنية، مصر.

٢٩ — قاضيخان — الفتاوى الخانية بهامش الهندية .

٣٠ — ابن البزاز — الفتاوى البزازية ، مطبوع بهامش الهندية .

٣١ — الميرغيناني — الهداية شرح بداية المبتدى ، المطبعة الخيرية ١٣٢٦ — ١٣٢٧ هـ .

٣٢ — ابن نجيم (زين العابدين) — الأشباه والنظائر، المطبعة الحسينية ١٣٣٢ هـ.

٣٣ — ابن الهمام (كمال الدين) — فتح القدير شرح الهداية ، بولاق ، ١٣١٦ — ١٣١٧ هـ .

٣٤ — محمد الحسيني (شيخ الإسلام) — الفتاوى الأنقروية ، طبعة بولاق ١٢٨١ هـ .

٣٥ — ابن نجيم (زين العابدين) — البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة العلمية ، ثمانية أجزاء .

٣٦ — البابرتي — شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير جـ ٧ ، ٨ ، ١٣١٧ هـ .

٣٧ — البغدادي — مجمع الضمانات ، المطبعة الخيرية ، ١٣٠٨ هـ .

٣٨ — الطحطاوي — حاشية على الدر للحصكفي ، الطبعة الثالثة ١٢٨٢ هـ .

٣٩ — ابن عابدين (محمد أمين) — العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية الطبعة الثانية ١٣٠٠ هـ جزءان .

٤٠ — ابن عابدين (محمد أمين) — رد المحتار على الدر المختار ، الطبعة الثالثة ، خمسة أجزاء .

٤١ — ابن عابدين (محمد أمين) — حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، بهامش البحر لابن نجيم .

٤٢ — ابن عابدين (محمد علاء الدين) — قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار ، دار السعادة ١٣٢٧ هـ .

٤ — فقه مالكى

٤٣ — التسولى (أبو الحسن) — البهجة فى شرح التحفة ، مصر ، المطبعة العلمية ، جزءان .

٤٤ — التاودى(أبو عبد الله محمد) — حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم ، بهامش البهجة للتسولى .

٤٥ — (ابن عبد الله) — مواهب الجليل ، على شرح سيدى خليل ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٨هـ خمسة أجزاء .

٤٦ — خليل (سيدى) — ، مصر ، ١٩٣١ .

٤٧ — الخرشى — شرح مختصر سيدى خليل ، المطبعة العامرة ، ١٣١٦هـ خمسة أجزاء .

٤٨ — العدوى — حاشيته على شرح الخرشى ، بهامش الخرشى .

٤٩ — المواق — التاج والإكليل لمختصر خليل ، طبع بهامش الحطاب .

٥٠ — ابن جزى — القوانين — القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية ١٩٣١ م .

٥١ — ابن فرحون — تبصرة الحكام ١٣٠٢ هـ ، جزءان .

٥٢ — ابن سلمون الكنانى — العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون .

٥٢ — مالك (الإمام) — المدونة الكبرى برواية سحنون ، مطبعة السعادة ١٣٢٣هـ ، ١٦ جزءاً .

٥ — فقه حنبلى

٥٤ — ابن رجب — القواعد فى الفقه الإسلامى ، مطبعة الصدق الخيرية ١٩٢٣ م .

٥٥ — ابن قدامة (موفق الدين) — المغنى ، مطبعة المنار ، الطبعة الثانية ، ١٣٤٧ هـ .

٥٦ — ابن قدامة المقدسى (شمس الدين) — الشرح الكبير ، بذيل المغنى .

٥٧ — منصور محمد بن ادريس — كشاف القناع على متن الاقناع . أربعة أجزاء فى ثلاثة مجلدات مصر ١٣٤٩ هـ .

٥٨ — البهوتى (منصور بن يونس) — المربع بشرح زاد المستنقع ، ١٣٥٢ هـ ، جزءان .

٦ — فقه شافعى

٥٩ — الشيرازى (ابو اسحق) — المهذب ، مطبعة الحلبى ١٣٤٣هـ جزءان .

٦٠ — النووى — المجموع المهذب وتكملة لتقى الدين السبكى ١٢٤٤ هـ .

٦١ — الشافعى — كتاب الام ، ١٣٢٥ هـ ، بولاق ، سبعة أجزاء .

٦٢ — السيوطى — الأشباه والنظائر ، ١٩٣٦ م ، جزءان .

٦٣ — الرافعى — فتح العزيز شرح العزيز، طبع بذيل كتاب المجموع للنووى

٦٤ — الغزالى — الوجيز ، ١٣١٧ هـ ، جزءان .

٦٥ — ابن حجر — الحاشية على تحفة المحتاج شرح على المنهاج ١٣٠٤ هـ

٧ — مقارنات

٦٦ — ابن رشد القرطبى — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ — ١٩٥٠م جزءان فى مجلد واحد.

٦٧ — ابن حزم الأندلسى — المحلى ، ١٣٥٢ هـ ، ادارة الطباعة المنيرية. ١١ جزءاً .

٦٨ — القرافى — الفروق، الطبعة الأولى ،أربعة أجزاء .

٨ — المراجع الشرعية الحديثة

٦٩ — محمد زيد — شرح الأحكام الشرعية ١٩٢٤ م .

٧٠ — احمد ابراهيم — كتاب الأهلية وعوارضها (غير مبين به الطبعة) .

٧١ — احمد ابراهيم — الالتزامات فى الشريعة الإسلامية ١٣٦٣ هـ — ١٩٤٤ م .

٧٢ — احمد ابراهيم — التزام التبرعات ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية والثالثة .

٧٣ — احمد ابراهيم — أحكام المرأة فى الشريعة الإسلامية ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد الثانى .

٧٤ — خلاف — أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ م .

٧٥ — خلاف — علم أصول الفقه ١٩٤٩ م .

٧٦ — الخفيف — كتاب الحق والذمة ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م .

٧٧ — الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية ١٩٤٩ م .

٧٨ — الخفيف — فقه الكتاب والسنة ١٩٤٥ م .

٧٩ — أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ١٩٣٩ م .

٨٠ — ابو زهرة — شرح قانون الوصية ١٩٤٧ .

٨١ — أبو زهرة — أحكام التركات والمواريث .

٨٢ — أبو زهرة — أحكام الأحوال الشخصية ١٩٤٩ .

٨٣ — المحلاوى — تسهيل الوصول إلى علم الأصول ١٤٤٣ هـ ، مطبعة الحلبى .

٨٤ — المحمصانى — النظرية العامة للموجبات والعقود ١٩٤٨ م .

٨٥ — السايس — تفسير آيات الأحكام ١٩٤٩ م .

٨٦ — الجزيرى — الفقه على المذاهب الأربعة ، أربعة أجزاء .

٩ — القانون المصرى

٨٧ — فتحى زغلول — شرح القانون المدنى المصرى ١٩١٢ م .

٨٨ — السنهورى — الوسيط فى الالتزامات ١٩٥٢ م .

٨٩ — السنهورى — الموجز فى الالتزامات ١٩٤٦ م .

٩٠ — كامل مرسى — الوصية وتصرفات المريض مرض الموت ١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م .

٩١ — وديع فرج — محاضرات مطبوعة فى الالتزامات ١٩٤٨ م .

٩٢ — أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المصرى ١٩٤٥ م .

٩٣ — عبد الحى حجازى — نظرية الحق ١٩٥٠ — ١٩٥١ م .

٩٤ — سليمان مرقص — المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٢ م .

٩٥ — شفيق شحاته — النظرية العامة للحق ١٩٤٨ م .

٩٦ — شفيق شحاته — كتاب الأموال .

٩٧ — هاشم مهنا — الموسوعة الحسبية ١٩٤٨ م .

٩٨ — سعدالدين الشريف — الولاية على مال القاصر ١٩٤٢ م .

٩٩ — أمين بدر — الأوراق التجارية ١٩٥٢ م .

١٠٠ — العريف — شرح القانون التجارى ١٩٤٨ م .

١٠ — القوانين والمجموعات والمجلات

١٠١ — مجموعة القانون المدنى والأعمال التحضيرية .

١٠٢ — قانون المحاكم الحسبية .

١٠٣ — قانون الولاية على المال رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ م .

١٠٤ — قانون مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، قدرى باشا .

١٠٥ — قانون الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية ، قدرى باشا .

١٠٦ — مجلة الأحكام العدلية .

١٠٧ — مجلة المحاماة .

١٠٨ — مجلة الحقوق .

١٠٩ — مجلة الشرائع .

١١٠ — المجموعة الرسمية .

١١١ — مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية .

١١٢ — مرجع القضاء ، عبد العزيز ناصر .

١١٣ — مجلة القانون والاقتصاد .

١١٤ — مجلة التشريع والقضاء المختلطة .

١١٥ — جازيت المحاكم المختلطة .

١١٦ — منتخبات أحكام المحاكم الشرعية للزرقانى .

١١٧ — مجلة علم النفس ، (السنة الثانية ١٩٤٦) .

كتب فى علم النفس والطب

١١٨ — الغزالي : مقاصد الفلاسفة .

١١٩ — الغزالى : معارج القدس فى معرفة النفس ، مطبعة السعادة ، مصر .

١٢٠ — ابن سينا : الشفاء ، طبعة طهران .

١٢١ — أبو مدين الشافعى ، الفعل الارادى ، ١٩٤٨ .

١٢٢ — يوسف مراد : مبادىء علم النفس ١٩٤٧ م .

المصادر الافرنجية

PLANIOL : Traité élémenetaire de droit civil, Paris,1948.

PLANIOL, RIPERT : Traité pratique de droit civil français 1934.

AUBRY et ROUX : Cours be droit civil français, Paris, 1917.

BOUDRY-LA CANTENERIE : Traité theorique et pratique de droit civil 1907.

COLIN ET CAPITHNT : Cours élémentaire de droit civil français, 1926.

ANCEL : Traité da la capacité civile de la femme marriée Paris, 1938.

JOSSERAND : Cours de droit civil Positif français, Paris, 1934.

JULLOIT DE LA MORANDIERE : Precis de droit Commercial, 8e edit, 1945.

CODE civil fraçais.

SIRFY. Recueil Général.

DALLOZ Repertoire pratique.

MONIER : Manuel élémeneaire de droit romain, 1945.

GIRAR : Manuel élémentaire de droit romain, 1929.

